

증권거래법위반·배임증재

[서울지방법원 2003. 6. 25. 2002노9772]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들외 1인

【검 사】 서인선

【변 호 인】 서정법무법인 담당변호사 장윤정의 8인

【원심판결】 서울지방법원 2002. 9. 24. 선고 2002고단6146 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 모두 파기한다.

피고인 1을 징역 8월에, 피고인 2를 징역 1년 6월 및 벌금 1,000,000,000원에, 피고인 3을 징역 8월 및 벌금 300,000,000원에 각 처한다.

피고인 2, 피고인 3이 위 각 벌금을 납입하지 아니하는 경우 각 금 1,000,000원을 1일로 환산한 기간 위 피고인들을 노역장에 유치한다.

원심판결 선고 전의 구금일수 48일을 피고인 1에 대한 위 형에, 96일을 피고인 2에 대한 위 징역형에 산입한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 각 2년간 피고인 1에 대하여는 위 형의, 피고인 2, 피고인 3에 대하여는 위 각 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 4의 항소를 기각한다.

【이유】

】1. 피고인들의 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인(배임증재의 점)

피고인 1은 피고인 2가 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 주식회사'이라 한다)에서 발행한 전환사채를 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 주식회사'이라 한다)으로부터 인수하는 것에 대하여 공소외 3에게 1구좌당 1억7,500만 원을 주기로 한 것을 미리 협의한 사실이 없다.

피고인 2도 피고인 1에게 전환사채 매입자를 소개하여 줄 것을 부탁하면서 전환사채 상환원리금 이외에 1억7,500만 원의 비용이 필요하다는 정도로만 얘기하였다.

따라서, 피고인 1은 전환사채 1구좌당 1억7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 조기상환에 따른 위약금으로 알았고, 공소외 1 주식회사에서 급한 현금이 필요한 것으로 생각하였을 뿐이며, 다만, 2001. 4. 17.에서야 피고인 2로부터 1억7,500만 원이 계약서에서 빠진다는 말을 듣고 공소외 1 주식회사의 비자금으로 사용되겠구나하고 추측한 것 뿐이다.

따라서, 피고인 1은 위 비용 1억7,500만 원이 부정한 청탁의 대가로 공여되는 돈이라는 사실을 알지 못하였으므로, 피고인 2나 피고인 3과 배임증재의 공모가 성립될 수 없다.

설사 피고인 1이 피고인 2가 12억6,000만 원을 대출받을 당시 그 중 1억7,500만 원이 공소외 2 주식회사의 담당자에게 사례금으로 간다는 것을 알게 되었다 하더라도 공동의 의사, 즉 2인 이상이 서로 공동으로 수립한 행위계획에 따라 공동하여 죄를 범할 의사가 있었다고 보기 어렵다.

더구나, 이미 담보가 제공된 상태에서 피고인 1이 1억7,500만 원의 용도를 알게 되었다고 하더라도 피고인 1에게 피고인 2의 범죄행위를 방지하여야 할 제반의 조치를 취할 의무, 즉 보증인 의무가 없으므로 배임증재의 부작위에 의한 공동정범 또는 방조범도 성립할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1이 한국 벤처산업의 발전을 위하여 애써온 점, 이 사건 주식스왑거래에 기하여 어떠한 이익도 취득한 것이 없는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 및 법리오해

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 주식회사'이라 한다)의 A&D추진에 관한 미공개정보를 알린 사실이 없다.

피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만나 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 주식교환에 의한 합병계획을 확인하는 취지 및 인수하는 경우 이익이 있을 것이라는 취지의 말을 한 적이 없고, 상대방 회사에 대한 덕담 등 일상적인 대화만 나누었을 뿐이다.

설사 피고인 2가 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D를 추단할 수 있는 대화를 나누었다고 하더라도, 그것만으로 다음과 같은 세가지 이유에서 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 내부정보를 이용하게 한 것이라고 볼 수는 없다.

첫째, 피고인 2가 나누었다는 대화 내용은, 피고인 3과 같이 이미 A&D추진 정보를 알고 있어야만 그 내용을 추측할 수 있는 정도의 정보에 불과하여 해당 정보를 알지 못하는 합리적인 투자자를 기준으로 판단해 본다면, 피고인 2의 대화내용이 투자판단에 중대한 영향을 줄 수 있는 정보, 즉 '중요한 정보'가 아니었고, 둘째, 내부자가 다른 사람과 하는 대화를 통해 우연히 제3자가 내부정보를 알게 되었다고 하더라도, 제3자는 내부자로부터 "정보를 받은" 자에 해당하지 않으므로, 결과적으로 내부자의 정보제공행위는 인정되지 않는 것인바, 피고인 3은 자신을 배제한 피고인 2와 피고인 1의 대화를 통해서만 A&D추진을 추측할 수 있었다는 것이므로, 그것만으로 피고인 2의 내부정보 제공행위가 인정될 수는 없으며, 셋째, 피고인 2에게는 타인으로 하여금 내부정보를 이용하게 할 고의가 전혀 없었다.

즉, 피고인 3은 이미 전환사채의 인수를 결정한 상태에서 피고인 2를 만난 것이므로 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 대화내용을 통해 획득한 정보를 이용하도록 의도할 하등의 이유가 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2가 A&D추진 정보를 이 사건 전환사채거래 전에 이미 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 주식회사'라 한다)의 담당자인 공소외 3에게 알린 이상 거래당사자들인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이의 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 여기서 문제되는 행위는 공소외 2 주식회사와 피고인 2 사이의 전환사채거래인바, 공개증권시장을 통하지 아니하고 거래가 이루어지는 이른바 '상대거래'의 경우에 증권시장의 공정성이나 일반투자자의 신뢰성의 문제는 발생되지 않으며, 따라서 정보의 불공정한 격차의 문제는 거래당사자 사이에서 판단하여야 하고, '미공개정보'인지 여부는 거래당사자가 이를 알고 있었는지 여부에 따라 판단하여야 하며, 상대거래의 거래당사자가 모두 해당정보를 알고 있는 경우라면 해당 정보가 비록 공시되지는 않았다고 하더라도 내부자거래의 요건인 '미공개정보'에 해당된다고 할 수는 없는 것이다.

증권시장을 전제로 한 내부자거래의 규제가 상대거래에도 그대로 적용된다고 본 것은 잘못이다.

피고인 2가 전환사채를 인수하게 된 경위나 공소외 3이 웃돈을 요구한 경위 기타 관련자의 진술에 비추어 볼 때 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 공소외 5 주식회사의 담당자인 공소외 3에게 전환사채 인수 이전에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D추진 정보를 알렸다는 점은 분명하고, 내부자가 어느 조직에 속하는 개인에게 정보를 제공하였으나 실제로는 그 개인이 아니라 조직을 상대로 정보를 제공할 의도였던 경우에는 그 조직의 모든 구성원을 정보수령자로 보아야 하는바, 실제로 공소외 1 주식회사의 전환사채 관련업무는 공소외 3이 모두 담당하였고, 피고인 2도 공소외 3 외에는 달리 위와 같은 사항을 알릴 공소외 2 주식회사의 담당자를 알고 있지 않았으므로, 피고인 2가 공소외 3에게 해당 정보를 알린 이상 공소외 2 주식회사 역시 이를 알고 있었다고 보아야 한다.

결과적으로, 거래당사자인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이에는 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로, 내부자거래는 성립될 수 없다.

또, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D추진 정보는 피고인 2나 공소외 2 주식회사에게 이 사건 전환사채거래 여부를 결정하는 '요인'이 되지 않았으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 이 사건 전환사채거래는 피고인 2의 입장에서 보면, 공소외 2 주식회사의 조기상환 요청에 따라 이루어진 것이며 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D를 추진하기 위해 이 사건 거래를 할 수밖에 없는 상황이었다는 점에서, 공소외 2 주식회사의 입장에서 보면, 이미 내부적으로 전환사채의 조기상환방침을 정하여 놓고 있었으나 공소외 1 주식회사의 자금사정을 고려하여 그 시점만 유보하고 있었다는 점에서 A&D추진 정보는 이 사건 전환사채거래의 '요인'이 아니었음은 분명하다.

설사 공소외 3만이 아니라 공소외 5 주식회사나 공소외 2 주식회사 본사의 최고책임자 내지 의사결정권자가 모두 A&D추진 정보를 알았다고 하더라도 여전히 이 사건 전환사채를 피고인 2 등에게 매각하였을 것이라고 판단하지 않을 수 없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

피고인 2는 공소외 3에게 직무권한 범위 내에서 편의를 보아 달라고 부탁한 것에 불과하므로 이를 '부정한 청탁'이라고 볼 수 없다.

피고인 2가 공소외 3에게 청탁한 내용은, 기존에 보류되었던 조기상환절차를 진행해 달라는 것으로, 피고인 2의 요청에 의하여 공소외 2 주식회사의 조기상환요구가 보류되었던 것이므로, 공소외 1 주식회사가 상환절차를 진행하겠다는 의사를 표시한 것이 부정한 청탁이 될 수 없음은 명백하다.

피고인 2는 공소외 3에게 원심 판시와 같은 조기상환의 빌미를 제공하고 조기상환요청을 한 사실이 없다(원심은 피고인 2가 2001. 3.경 보유주식 매각을 문제삼는 것으로 보이나, 이는 피고인 2가 공소외 3으로부터 보유지분의 일부를 매각하라는 요청을 받고 이루어진 것일 뿐, 피고인 2가 이를 요청하였거나 사전에 협의하지 않았다).

또, 피고인 2로서는 A&D의 추진을 위해 웃돈을 달라는 공소외 3의 요구에 응할 수 밖에 없었으므로, 피고인 2에게 '기대가능성'이 인정될 수 없다.

이 사건과 같이 법령에 위반된다거나 관련계약에 반하는 내용을 요청하지 않은 경우에 있어서 아버지로부터 물려받은 기업을 어떻게든 지켜야 하는 피고인 2에게 담당자의 웃돈 요구의 거절을 기대한다는 것은 사실상 불가능하다.

(2) 양형부당

피고인 2가 일반 투자자에게 피해를 준 바가 전혀 없는 점, 공개증권시장의 공정성을 해친 바도 없는 점, 거래의 당사자였던 공소외 2 주식회사가 피해를 호소한다거나 피고인 2의 처벌을 원하고 있지도 않은 점, 공소외 2 주식회사도 내부방침에 의한 조기상환결정에 따라 전환사채 원금 및 이자를 모두 지급받고 전환사채를 매각하였으므로 하등의 손해를 입은 바 없는 점, 이 사건 전환사채거래의 불가피성, 피고인 2는 공소외 6 명의로 인수한 전환사채를 공소외 7에게 매각하여 차익을 일부 실현하였으나 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 웃돈 주는 것이 기업으로서 거부하기 힘든 관행이었다는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 3

(1) 사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)

피고인 3이 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다기보다는 피고인 1, 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다는 것을 자백하였으나, 이는 공범의 성립요건에 있어서 공모는 반드시 한 자리에서 행하여질 것을 요구하지 아니하는 것인 이상, 피고인 3이 피고인 1로부터 들은 정보의 근본적인 출처가 피고인 2이었던 것이라고 하더라도 피고인 2와의 공모 관계를 부인하지 아니하였던 것일 뿐이다.

따라서, 피고인 3이 피고인 2와의 의사소통이 성립하는 것은 오로지 피고인 1을 통하여서이므로, 피고인 1이 원심과 같이 무죄라면 그로부터 자료를 얻어 거래한 피고인 3은 논리필연적인 귀결로서 역시 무죄이다.

피고인 1이 공모관계에서 빠지게 된다면 피고인 3은 피고인 2와는 아무런 직접적인 의사연락이 없었던 것인 이상 당연히 피고인 3을 유죄로 인정하여서는 아니될 것임에도 불구하고 원심은 정보유통에서 핵심적인 역할을 한 피고인 1을 빼버리고 피고인 2와는 아무런 관련이 없는 피고인 3을 유죄로 인정하였으니 결국 사실오인의 위법을 저지른 것이다.

이점에서 피고인 1을 무죄로 인정하면서도 피고인 3의 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정한 것은 판결이유의 모순이 있는 때에 해당한다.

(2) 양형부당

피고인 3이 회사의 내부자들 내지 작전세력과 공모하였던 것은 아닌 점, 그 위반행위의 정상도 비교적 가벼운 점, 피고인 3이 잘못을 뉘우치고 조사에 협조하였던 점, 취득한 이익의 규모가 위반행위에 비하여 비교적 경미한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

라. 피고인 4

피고인 4는 전문적으로 주식투자를 해온 자로서 공소외 1 주식회사와 같은 매력적인 투자 대상이 있던 경우에는 하루에도 수백번씩의 주문과 주문 취소를 반복하여 왔다.

일반적인 주식 투자자의 주문표에 의한 주문 방식과 달리 피고인 4가 상한가 매매방식에 입각하여 많은 금액의 주문을 하였다거나 그 횟수가 많다는 것이 피고인 4의 범의를 추단하게 해서는 안된다.

피고인 4에게는 "매매거래 유인 목적"이 없었다.

즉, 피고인 4가 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 2.까지 매매한 공소외 1 주식회사의 주식은 A&D 발표로 인해 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 11.까지 연속으로 상한가를 기록하였으며, 그 기간 중 장중에도 상한가가 흔들리지 않았던 종목이었으므로 이미 어느 누구의 의지에 의하여 가격이 조정될 수는 없는 상황이었다.

원심은 피고인 4의 주문량이 많아 관여율이 높았으므로 고의와 목적이 추정된다고 본 것 같으나, 피고인 4에게는 매매거래를 유인할 이유가 없었다.

피고인 4가 이 사건 주식매매를 하게 된 동기도 당시 공소외 8 주식회사의 이사로서 특화된 HTS시스템을 개발 중이어서, 그 자료를 수집하려는 목적으로 이 사건 주식매수 주문 및 취소 주문을 한 것으로, 피고인 4의 행위는 매수주문에 이은 즉각적인 주문 취소 또는 장중 시간대가 아닌 동시호가시간에 주문하여 매수하는 것인바, 원심은 피고인 4의 행위를 인위적으로 해석한 것이다.

따라서, 피고인 4를 유죄로 인정한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 검사의 항소이유의 요지(피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분에 대하여)

피고인 1은 2001. 2. 6. 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 합병 교섭 진행절차에 관하여 비밀유지의무합의서를 작성하였는바, 다음과 같은 이유에서 피고인 1은 미공개정보이용금지행위자에 해당함에도 불구하고, 원심은 피고인 1이 미공개정보를 이용하게 하였다는 점에 대하여 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다고 하여 무죄를 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

첫째, 피고인 1은 준내부자에 해당한다.

즉, "계약을 체결하고 있는 자"에 있어서 계약은 내용, 종류, 형태 등을 불문하는 넓은 개념이고, 확정된 계약만을 의미하는 것도 아니며, 준내부자에 해당되느냐는 것은 법령상 또는 계약상으로 내부정보에 합법적으로 접근할 수 있는 위치에 있는 지 여부에 따라 결정될 문제인바, 이 사건에 있어서 준내부자로 보기 위한 요건이 되는 '계약'은 중요정보의 근거가 되는 합병계약에만 한정된다고 볼 것이 아니라 '합병'이라는 중요정보에 접근할 수 있는 위치에 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

이 사건에 있어서 피고인 1은 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경(피고인 3과의 전환사채 인수 교섭 이전) 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련한 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하였으므로, 이 단계에서 '합병'이라는 중요정보가 생성되었다고 할 것이고, 피고인으로서 이러한 중요정보에 접근할 수 있는 합법적인 위치에 있다고 볼 것이므로 '계약을 체결하고 있는 자'로서 준내부자의 지위에 있다고 보아야 한다.

둘째, 피고인 1은 정보수령자에 해당된다.

원심은, 정보수령자의 범위에는 이 사건 합병계약의 일방 당사자를 포함시킬 수 없다는 전제 아래 이를 인정하지 않은 것으로 보이나, 법규정상 계약의 당사자를 제외한다는 명문규정도 없을 뿐만 아니라 그렇게 해석할 이유도 없으므로, 이 사건에 있어서 피고인 1은 피고인 2와 합병계약을 체결하는 과정에 있음과 동시에 '합병계약'이라는 회사의 중요정보를 내부자인 피고인 2로부터 수령받은 것이다.

만약, 정보수령자를 내부자나 준내부자로부터 정보를 전달받은 제3자로 한정하고 이 사건과 같은 계약의 상대방을 제외한다면, 내부자로부터 정보를 수령한 '제3자'는 처벌되면서 그보다 정보와의 접근성이 가까운 '계약상대방'이 처벌되지 않는 비합리적인 결론에 이르게 되어 부당하다.

셋째, 피고인 1은 피고인 2의 범행에 대한 공범에 해당한다.

이 사건 범죄는 "내부자 또는 준내부자로서 직무와 관련하여 법인의 미공개정보를 알게 된 자" 또는 "이들로부터 당해 정보를 수령한 자"라는 신분을 구성으로 하는 일종의 진정신분범이나 형법 제33조에 의하여 위와 같은 신분이 없더라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 실현하려는 의사의 결합이 이루어지면 그와 같은 신분관계가 없다 하더라도 법 제188조의2 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

즉, 피고인 1과 피고인 2는 양사의 합병을 추진하면서 공소외 1 주식회사의 전환사채를 타인에게 인수시킬 필요성이 있었으며, 그 과정에서 피고인 3과 접촉이 된 것이므로, 피고인 1이 2001. 3.경부터 피고인 3과 전환사채 인수건으로 접촉하면서 회사의 합병사실을 알렸다고 하더라도 이는 피고인 2와의 협의를 통해서 이루어진 것으로서 피고인 1의 단독범행의 의사로서 이루어진 것으로 볼 수는 없어 피고인 1은 피고인 2의 범행의 공범이라 할 것이다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 검사

(1) 피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분의 공소사실

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 증권거래법위반 부분의 점에 대한 공소사실의 요지는, 공소외 4 주식회사의 실무 책임자인 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경 양사의 합병 교섭 진

행절차와 관련하여 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하던 중, 피고인 1은 피고인 2와 공모하여 2001. 3. 20.경부터 2001. 4. 중순경까지 피고인 3을 접촉하면서 "공소외 1 주식회사가 공소외 4 주식회사와 주식교환을 하여 합병한다.

공소외 9 전 총리의 사위 공소외 10이 투자하는 것이다.

공소외 1 주식회사의 주가가 많이 오를테니 공소외 1 주식회사에서 발행한 전환사채를 1구좌 인수해 달라"고 말하여 동인으로부터 승낙을 받고, 2001. 4. 17. 서울 강남구 삼성동 소재 피고인 1의 사무실에서 피고인 3이 전환사채 1구좌를 10억8,500만 원에 인수하기로 하는 계약을 체결하고, 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 이를 다시 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 "전환사채를 회사에 상환하는 것처럼 하고 합병에 의하여 공소외 1 주식회사의 주식을 보유하게 된 피고인 1, 위 공소외 10 등 공소외 4 주식회사 주주들과 피고인 2 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주가 각 지분비율에 따라 부담하여 각 보유중인 주식 중 총 50만주를 피고인 3에게 교부한다"고 합의한 후 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 하는 등 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 피고인 3으로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 취지이다.

(2) 원심의 판단

증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제669호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의2 제1항이 규정하고 있는 미공개정보 이용금지의 대상이 되는 자는 임직원과 대리인, 주요주주 등 내부자와 감사계약에 의한 외부감사인, 유가증권의 모집이나 매출을 위하여 인수계약을 체결한 증권회사, 거래은행, 변호사 또는 회계사, 컨설팅회사 등의 준내부자 및 내부자로부터 중요한 미공개정보를 전달받은 정보수령자에 한정되는 것인바, 피고인 1은 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 내부자나 준내부자에 해당하지 아니하고, 설사 위 피고인이 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호 내지 제5호의 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자 또는 그 대리인 내지 사용인에 해당한다고 보는 입장에 선다 하여도 피고인 1측이 공소외 1 주식회사와 계약을 체결한 것은 2001. 4. 25.로서(그 이전의 것은 계약의 준비단계로 보아야 할 것이다) 그 이전에 이루어진 행위는 당해 법인과 계약을 체결하기 이전의 지위에서 행한 것이므로 이를 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다.

다만 피고인 1과 피고인 2가 2001. 4. 7. 피고인 3과 함께 한 자리에서 주식스왑거래사실에 관하여 이야기한 것을 피고인 1과 피고인 2가 공모하여 미공개정보를 이용케한 것이라 볼 여지가 있어 내부자 등의 신분이 없는 피고인 1도 형법 제33조에 따라 죄책을 져야 한다고 볼 수 있겠으나, 피고인 1이 이미 2001. 3.경부터 피고인 3에게 이러한 정보를 말한 점에 비추어 볼 때 피고인 1이 2001. 4. 7.에 이르러 종전의 의사와 달리 새로이 피고인 2와 공모의

의사를 가지고 위와 같은 말을 하였다고 보는 것은 자연스럽지 못하다 하겠다는 이유로 무죄를 선고하였다.

(3) 당원의 판단

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 비밀유지의무합의서의 기재를 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 1. 하순경 피고인 2와 만나 A&D를 하는데 협조하기로 한 다음(수사기록 제581면), 2001. 2. 6.경 비밀유지의무합의서를 작성하면서 "공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식의 매수, 회사간 합병, 유상증자의 참여, 영업의 양수도, 자금투자 또는 자금대여 및 기타 이와 유사한 거래(이하 '본 거래'라 한다)에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행상 필요한 업무원칙과 관련한 상호합의"를 목적으로 하여 계약을 체결하고, 위 합의서 말미에는 "정당한 권한을 가진 대표자에 의해 서명날인한다"면서 공소외 1 주식회사를 대표하여 상무이사 피고인 2가, 공소외 4 주식회사를 대표하여 전무이사 피고인 1이 서명한 사실(공판기록 제179면), 위 합의를 작성한 무렵 공소외 4 주식회사가 삼정회계법인을 통하여 공소외 1 주식회사의 회계장부를 실사하여 장부상 부실이 없음을 확인한 후 향후 일정과 구체적인 스왑거래에 대하여 의견을 교환하고, 2001. 3.경 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사는 주식매매계약서 및 투자계약서 초안을 작성한 후 법률적 검토를 하였으며, 2001. 4. 중순경 원칙적인 기본구조에 대하여 합의를 한 사실(수사기록 제581~582면), 한편, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화하여 좋은 거래가 있다고 말하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3과 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다면서 1구좌를 인수하라고 말한 사실, 피고인 1은 2001. 4. 7. 피고인 2, 피고인 3과 만났는데, 피고인 1은 피고인 2와 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2와 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 10 외 36인에게 신주를 발행하여 이를 인수하게 하는 계약을 체결하고(수사기록 제119면), 공소외 4 주식회사와 위 공소외 10 외 36인은 공소외 1 주식회사에게 공소외 4 주식회사의 주식을 매도하기로 계약한 사실(수사기록 제129면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

살피건대, 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호는 "당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자", 제5호는 "제4호에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인"이라고 규정하고 있는바, 여기서의 '계약'에는 계약의 내용이나 종류, 계약형태, 이행시기, 계약기간의 장단 등은 불문하고, 위 규정의 입법취지는 회사와의 일정한 관계에서 비롯되는 지위로 인하여 내부정보에 특별히 접근할 수 있기 때문에, 이들이 정보상의 이점을 이용하거나 남용하여 증권거래를 한다면 이와 같은 정보를 알지 못하는 일반투자자의 희생하에 부당한 이득을 얻게 되므로 이를 방지하기 위한 점에 있다고 할 것이다.

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 피고인 1은 공소외 4 주식회사의 전무이사로서 공소외 4 주식회사를 대표하여 2001. 2. 6.경 공소외 1 주식회사와 사이에 주식의 매수, 회사간 합병 등에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행과 관련한 상호합의 사항에 대한 비밀유지합의의 계약을 체결하였는바, 비록 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식매각환의 계약이 체결되었다고 하더라도, 위 비밀유지합의의 계약도 위 규정에서 정하는 A&D추진이라는 중요한 정보에 접근할 수 있는 계약에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고인 1은 여기서 말하는 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 임원에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피고인 3을 접촉하면서 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 미공개정보를 피고인 3에게 알려주어 그로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 사실은 충분히 인정된다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1에 대하여 증권거래법위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였으므로, 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인들

(1) 피고인 1{사실오인(배임증재의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 2는 피고인 1에게 "전환사채 1구좌당 1억 7,500만 원이 공소외 2 주식회사로 들어가야 된다"고 말하였고, 피고인 1과 전환사채 인수대가로 1구좌당 1억 7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 교부하기로 합의한 사실(수사기록 제598~599면, 726~727면, 744~746면, 809~811면, 866면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억 7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말하였고, 피고인 1도 피고인 3에게 위 돈을 현금으로 준비하여 피고인 2에게 건네주라고 하면서 피고인 2를 거들었으며, 2001. 4. 17. 피고인 1이 피고인 3에게 전화하여 다시 위 돈을 꼭 현금으로 준비하라고 재차 확인한 사실(수사기록 제739~740면, 795면, 812면), 피고인 1은 2001. 4. 17. 피고인 3의 동생 공소외 12, 피고인 2와 함께 한빛은행 강남지점으로 갔고, 위 공소외 12가 1억 7,500만 원을 현금으로 인출한 다음 피고인 2가 미리 준비하여 온 마대자루에 이를 담아 주어 건넨 사실(수사기록 제522면, 531~532면, 795면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면 피고인 1은 아래 (2)의 (다)항에서 보는 바와 같이 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여하는 점에 관하여 순차적으로 의사가 상통하여 공모관계

가 성립하였다고 보아야 할 것이므로, 피고인 1이 피고인 2의 배임증재의 실행행위에 직접 관여하지 아니하였다고 하더라도 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한다고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 옳고, 거기에 피고인 1이 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없어 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2(사실오인 및 법리오해)

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 법정진술을 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유한 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만났는데, 피고인 2는 피고인 1과 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 2는 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이 다라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사의 보통주 13,935,540주를 주당(액면가 500원) 1,700원 합계 23,690,418,000원에 발행하여 공소외 4 주식회사의 대표이사인 공소외 10 외 36인에게 배정하는 내용의 계약(수사기록 제119면) 및 공소외 4 주식회사의 주주 공소외 10 외 36인은 보유하고 있는 공소외 4 주식회사의 주식 402,554주를 주당 58,850원(액면가 500원)에 합계 23,690,418,000원에 공소외 1 주식회사에 출자한다는 내용의 계약을 각 체결하고, 경영에 대한 합의를 체결한 사실(수사기록 제129면, 제576~577면, 583면, 628면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 미 공개의 중요한 정보라고 할 것이고, 피고인 2에게는 피고인 3으로 하여금 이를 이용하게 할 고의가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있어 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 일부 법정진술을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20.경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받아, 피고인 2와 피고인 1이 협의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의하여 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 한편, 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 당시 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 것만 들어 알고 있다가 그 후 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것을 알았으나 그 상세한 내용은 알지 못하였고, 상급자인 동일권 이사에게 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 내용을 말한 적은 있으나 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것은 보고하지 않은 사실, 공소외 2 주식회사로부터 2001. 4. 24. 1구좌는 피고인 1이 피고인 3을 소개하여 피고인 3으로 하여금 인수토록 하고, 2구좌는 피고인 2가 자신의 명의로 1구좌, 공소외 6 명의로 1구좌를 각 10억 8,700만 원에 각 인수하여 같은 날 삼성증권 명동지점에 개설한 피고인 2 명의의 증권계좌 및 미래에셋증권 선릉지점에 개설한 공소외 6 명의의 증권계좌로 위 전환사채를 각 입고받은 사실(수사기록 제45~52면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5. 말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 5. 9. 공소외 6 명의를 빌려 인수한 전환사채 1구좌를 공소외 7에게 금 29억 원에 매각하여 약 18억 1,300만 원 상당의 시세차익을 취득한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 공시되기 전에는 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보로서 미공개정보라고 할 것인 점(어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의

하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개 정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 속한다는 취지의 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결 참조), 비록 피고인 2가 공소외 3에게 이러한 정보를 미리 알려주었다고 하더라도 공소외 2 주식회사가 곧바로 이를 알았다고 인정하기도 곤란하며 정보의 내용에 있어서도 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사 사이에 정보의 격차가 전혀 없다고 보기도 어려운 점, 피고인 2가 피고인 1을 통하여 피고인 3에게 전환사채의 인수를 권유하였고, 공시되기 이전에 매매가 이루어져 위 합병관련 정보가 이 사건 전환사채의 거래에 대하여 하나의 '요인'이 되었다고 보이는 점 등을 보태어 보면, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑 거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받자, 피고인 2와 피고인 1이 협의하여 전환사채를 인수하는 방안을 알아보기로 합의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의한 결과, 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 하면서 그 대가로 7억 원을 주기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 피고인 2는 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말한 사실(수사기록 제739면), 피고인 2가 위 공소외 3에게 전환사채를 인수하는 대가로 3구좌에 대하여 5억2,500만 원을 건넨 사실(수사기록 제743면), 피고인 2가 공소외 3에게 위 돈을 교부한 방법은 서로 별말 없이 피고인 3으로부터 받은 1억7,500만 원은 마대자루에 담긴 채로 이화여대 캠퍼스 뒤쪽 한적한 도로에서, 나머지 금원은 종묘 주차장 뒤쪽의 주택가 주차장에서 마대 자루에 담아서 각 건네 준 사실(수사기록 제599~600면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 피고인 2가 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여한 사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 피고인 2에게 기대가능성이 없다고 할 수도 없으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(3) 피고인 3{사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 3은 2001. 3. 20.경 피고인 1로부터 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 듣고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 1을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유받은 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 3은 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 2와 만났는바, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2는 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이라라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 위 가.의 (3)항에서 본 바와 같이 피고인 1도 미공개정보이용행위의 범행이 유죄로 인정되는 점을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 3이 피고인 1, 피고인 2로부터 미공개정보를 수령하여 증권거래에 이용하였다는 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 없다.

(4) 직권판단(피고인 2, 피고인 3)

직권으로 살피건대, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 원심은 징역형 및 벌금형을 병과한 다음 위 각 형의 일부인 각 징역형에 대하여만 집행을 유예하면서, 해당법조란에서 이 점에 관한 설시를 누락하였는바, 그렇다면 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

(5) 피고인 4(사실오인 또는 법리오해)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들(특히, 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서)을 종합·검토하여 보면, 피고인 4는 2001. 4. 27. 12:48:12경 굿모닝증권 영업부에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,480원에 매수호가 잔량이 1,146,063주나 됨에도 같은 가격에 1,256,706주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 고가허위매수주문 기재와 같이 같은 달 26.경부터 같은 해 5.2.경까지 사이에 14회에 걸쳐(공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 8,944,306주를 고가허위매수주문하고, 같은 달 30. 14:59:49경 신흥증권 중동지점에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,770원에 매수호가 잔량이 1,064,204주나 됨에도 같은 가격에 330,189주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문유형별내역 중 종가관리주문 기재와 같이 6회에 걸쳐(역시 공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 1,312,945주를 고가매수주문하여 종가관리한 사실, 위와 같은 허위매수주문은 일반 투자자들로 하여금 매수세가 강하게 보이게 하려는 의도를 가지고 한 사실(수사기록 제542면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 HTS시스템의 자료를 수집하기 위하여 주식매수 주문 및 취소 주문을 하였다는 주장은 수사기관에 서는 언급이 없다가 법정에서 새롭게 주장된 점, 몇백만주나 되는 많은 수량을 매수하기 위하여 진실로 매수주문을

하였다고 보기는 어려운 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 4의 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으며, 달리 피고인 4의 위 죄에 대한 원심의 증거취사나 사실인정에 어떤 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 4의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

따라서, 피고인 4의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결하고, 피고인 1에 대하여는 검사가 항소한 위 3.의 가. (1)항의 공소사실과 항소하지 아니한 나머지 공소사실은 모두 형법 제37조 전단에 따라 과형상 불가분의 관계에 있으므로, 원심판결의 선고 형량이 지나치게 무거워서 부당하다는 피고인 1의 항소 이유에 관하여는 나아가 판단하지 아니하고, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 전부 파기하고, 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3 부분에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 파기하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고인들의 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인(배임증재의 점)

피고인 1은 피고인 2가 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 주식회사'이라 한다)에서 발행한 전환사채를 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 주식회사'이라 한다)으로부터 인수하는 것에 대하여 공소외 3에게 1구좌당 1억7,500만 원을 주기로 한 것을 미리 협의한 사실이 없다.

피고인 2도 피고인 1에게 전환사채 매입자를 소개하여 줄 것을 부탁하면서 전환사채 상환원리금 이외에 1억7,500만 원의 비용이 필요하다는 정도로만 얘기하였다.

따라서, 피고인 1은 전환사채 1구좌당 1억7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 조기상환에 따른 위약금으로 알았고, 공소외 1 주식회사에서 급한 현금이 필요한 것으로 생각하였을 뿐이며, 다만, 2001. 4. 17.에서야 피고인 2로부터 1억7,500만 원이 계약서에서 빠진다는 말을 듣고 공소외 1 주식회사의 비자금으로 사용되었구나하고 추측한 것 뿐이다.

따라서, 피고인 1은 위 비용 1억7,500만 원이 부정한 청탁의 대가로 공여되는 돈이라는 사실을 알지 못하였으므로, 피고인 2나 피고인 3과 배임증재의 공모가 성립될 수 없다.

설사 피고인 1이 피고인 2가 12억6,000만 원을 대출받을 당시 그 중 1억7,500만 원이 공소외 2 주식회사의 담당자에게 사례금으로 간다는 것을 알게 되었다 하더라도 공동의 의사, 즉 2인 이상이 서로 공동으로 수립한 행위계획에 따라 공동하여 죄를 범할 의사가 있었다고 보기 어렵다.

더구나, 이미 담보가 제공된 상태에서 피고인 1이 1억7,500만 원의 용도를 알게 되었다고 하더라도 피고인 1에게 피고인 2의 범죄행위를 방지하여야 할 제반의 조치를 취할 의무, 즉 보증인 의무가 없으므로 배임증재의 부작위에 의한 공동정범 또는 방조범도 성립할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1이 한국 벤처산업의 발전을 위하여 애써온 점, 이 사건 주식스왑거래에 기하여 어떠한 이익도 취득한 것이 없는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 및 법리오해

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 주식회사'이라 한다)의 A&D추진에 관한 미공개정보를 알린 사실이 없다.

피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만나 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 주식교환에 의한 합병계획을 확인하는 취지 및 인수하는 경우 이익이 있을 것이라는 취지의 말을 한 적이 없고, 상대방 회사에 대한 덕담 등 일상적인 대화만 나누었을 뿐이다.

설사 피고인 2가 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D를 추단할 수 있는 대화를 나누었다고 하더라도, 그것만으로 다음과 같은 세가지 이유에서 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 내부정보를 이용하게 한 것이라고 볼 수는 없다.

첫째, 피고인 2가 나누었다는 대화 내용은, 피고인 3과 같이 이미 A&D추진 정보를 알고 있어야만 그 내용을 추측할 수 있는 정도의 정보에 불과하여 해당 정보를 알지 못하는 합리적인 투자자를 기준으로 판단해 본다면, 피고인 2의 대화내용이 투자판단에 중대한 영향을 줄 수 있는 정보, 즉 '중요한 정보'가 아니었고, 둘째, 내부자가 다른 사람과 하는 대화를 통해 우연히 제3자가 내부정보를 알게 되었다고 하더라도, 제3자는 내부자로부터 "정보를 받은" 자에 해당하지 않으므로, 결과적으로 내부자의 정보제공행위는 인정되지 않는 것인바, 피고인 3은 자신을 배제한 피고인 2와 피고인 1의 대화를 통해서만 A&D추진을 추측할 수 있었다는 것이므로, 그것만으로 피고인 2의 내부정보 제공행위가 인정될 수는 없으며, 셋째, 피고인 2에게는 타인으로 하여금 내부정보를 이용하게 할 고의가 전혀 없었다.

즉, 피고인 3은 이미 전환사채의 인수를 결정한 상태에서 피고인 2를 만난 것이므로 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 대화내용을 통해 획득한 정보를 이용하도록 의도할 하등의 이유가 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2가 A&D추진 정보를 이 사건 전환사채거래 전에 이미 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 주식회사'라 한다)의 담당자인 공소외 3에게 알린 이상 거래당사자들인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이의 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 여기서 문제되는 행위는 공소외 2 주식회사와 피고인 2 사이의 전환사채거래인바, 공개증권시장을 통하지 아니하고 거래가 이루어지는 이른바 '상대거래'의 경우에 증권시장의 공정성이나 일반투자자의 신뢰성의 문제는 발생되지 않으며, 따라서 정보의 불공정한 격차의 문제는 거래당사자 사이에서 판단하여야 하고, '미공개정보'인지 여부는 거래당사자가 이를 알고 있었는지 여부에 따라 판단하여야 하며, 상대거래의 거래당사자가 모두 해당정보를 알고 있

는 경우라면 해당 정보가 비록 공시되지는 않았다고 하더라도 내부자거래의 요건인 '미공개정보'에 해당된다고 할 수는 없는 것이다.

증권시장을 전제로 한 내부자거래의 규제가 상대거래에도 그대로 적용된다고 본 것은 잘못이다.

피고인 2가 전환사채를 인수하게 된 경위나 공소외 3이 웃돈을 요구한 경위 기타 관련자의 진술에 비추어 볼 때 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 공소외 5 주식회사의 담당자인 공소외 3에게 전환사채 인수 이전에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D추진 정보를 알렸다는 점은 분명하고, 내부자가 어느 조직에 속하는 개인에게 정보를 제공하였으나 실제로는 그 개인이 아니라 조직을 상대로 정보를 제공할 의도였던 경우에는 그 조직의 모든 구성원을 정보수령자로 보아야 하는바, 실제로 공소외 1 주식회사의 전환사채 관련업무는 공소외 3이 모두 담당하였고, 피고인 2도 공소외 3 외에는 달리 위와 같은 사항을 알릴 공소외 2 주식회사의 담당자를 알고 있지 않았으므로, 피고인 2가 공소외 3에게 해당 정보를 알린 이상 공소외 2 주식회사 역시 이를 알고 있었다고 보아야 한다.

결과적으로, 거래당사자인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이에는 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로, 내부자거래는 성립될 수 없다.

또, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D추진 정보는 피고인 2나 공소외 2 주식회사에게 이 사건 전환사채거래 여부를 결정하는 '요인'이 되지 않았으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 이 사건 전환사채거래는 피고인 2의 입장에서 보면, 공소외 2 주식회사의 조기상환 요청에 따라 이루어진 것이며 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D를 추진하기 위해 이 사건 거래를 할 수밖에 없는 상황이었다는 점에서, 공소외 2 주식회사의 입장에서 보면, 이미 내부적으로 전환사채의 조기상환방침을 정하여 놓고 있었으나 공소외 1 주식회사의 자금사정을 고려하여 그 시점만 유보하고 있었다는 점에서 A&D추진 정보는 이 사건 전환사채거래의 '요인'이 아니었음은 분명하다.

설사 공소외 3만이 아니라 공소외 5 주식회사나 공소외 2 주식회사 본사의 최고책임자 내지 의사결정권자가 모두 A&D추진 정보를 알았다고 하더라도 여전히 이 사건 전환사채를 피고인 2 등에게 매각하였을 것이라고 판단하지 않을 수 없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

피고인 2는 공소외 3에게 직무권한 범위 내에서 편의를 보아 달라고 부탁한 것에 불과하므로 이를 '부정한 청탁'이라고 볼 수 없다.

피고인 2가 공소외 3에게 청탁한 내용은, 기존에 보류되었던 조기상환절차를 진행해 달라는 것으로, 피고인 2의 요청에 의하여 공소외 2 주식회사의 조기상환요구가 보류되었던 것이므로, 공소외 1 주식회사가 상환절차를 진행하겠다는 의사를 표시한 것이 부정한 청탁이 될 수 없음은 명백하다.

피고인 2는 공소외 3에게 원심 판시와 같은 조기상환의 빌미를 제공하고 조기상환요청을 한 사실이 없다(원심은 피고인 2가 2001. 3.경 보유주식 매각을 문제삼는 것으로 보이나, 이는 피고인 2가 공소외 3으로부터 보유지분의 일부를 매각하라는 요청을 받고 이루어진 것일 뿐, 피고인 2가 이를 요청하였거나 사전에 협의하지 않았다).

또, 피고인 2로서는 A&D의 추진을 위해 웃돈을 달라는 공소외 3의 요구에 응할 수 밖에 없었으므로, 피고인 2에게 '기대가능성'이 인정될 수 없다.

이 사건과 같이 법령에 위반된다거나 관련계약에 반하는 내용을 요청하지 않은 경우에 있어서 아버지로부터 물려받은 기업을 어떻게든 지켜야 하는 피고인 2에게 담당자의 웃돈 요구의 거절을 기대한다는 것은 사실상 불가능하다.

(2) 양형부당

피고인 2가 일반 투자자에게 피해를 준 바가 전혀 없는 점, 공개증권시장의 공정성을 해친 바도 없는 점, 거래의 당사자였던 공소외 2 주식회사가 피해를 호소한다거나 피고인 2의 처벌을 원하고 있지도 않은 점, 공소외 2 주식회사도 내부방침에 의한 조기상환결정에 따라 전환사채 원금 및 이자를 모두 지급받고 전환사채를 매각하였으므로 하등의 손해를 입은 바 없는 점, 이 사건 전환사채거래의 불가피성, 피고인 2는 공소외 6 명의로 인수한 전환사채를 공소외 7에게 매각하여 차익을 일부 실현하였으나 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 웃돈 주는 것이 기업으로서 거부하기 힘든 관행이었다는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 3

(1) 사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)

피고인 3이 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다기보다는 피고인 1, 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다는 것을 자백하였으나, 이는 공범의 성립요건에 있어서 공모는 반드시 한 자리에서 행하여질 것을 요구하지 아니하는 것인 이상, 피고인 3이 피고인 1로부터 들은 정보의 근본적인 출처가 피고인 2이었던 것이라고 하더라도 피고인 2와의 공모 관계를 부인하지 아니하였던 것일 뿐이다.

따라서, 피고인 3이 피고인 2와의 의사소통이 성립하는 것은 오로지 피고인 1을 통하여서이므로, 피고인 1이 원심과 같이 무죄라면 그로부터 자료를 얻어 거래한 피고인 3은 논리필연적인 귀결로서 역시 무죄이다.

피고인 1이 공모관계에서 빠지게 된다면 피고인 3은 피고인 2와는 아무런 직접적인 의사의 연락이 없었던 것인 이상 당연히 피고인 3을 유죄로 인정하여서는 아니될 것임에도 불구하고 원심은 정보유통에서 핵심적인 역할을 한 피고인 1을 빼버리고 피고인 2와는 아무런 관련이 없는 피고인 3을 유죄로 인정하였으니 결국 사실오인의 위법을 저지른 것이다.

이점에서 피고인 1을 무죄로 인정하면서도 피고인 3의 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정한 것은 판결이유의 모순이 있는 때에 해당한다.

(2) 양형부당

피고인 3이 회사의 내부자들 내지 작전세력과 공모하였던 것은 아닌 점, 그 위반행위의 정상도 비교적 가벼운 점, 피고인 3이 잘못을 뉘우치고 조사에 협조하였던 점, 취득한 이익의 규모가 위반행위에 비하여 비교적 경미한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

라. 피고인 4

피고인 4는 전문적으로 주식투자를 해온 자로서 공소외 1 주식회사와 같은 매력적인 투자 대상이 있던 경우에는 하루에도 수백번씩의 주문과 주문 취소를 반복하여 왔다.

일반적인 주식 투자자의 주문표에 의한 주문 방식과 달리 피고인 4가 상한가 매매방식에 입각하여 많은 금액의 주문을 하였다거나 그 횟수가 많다는 것이 피고인 4의 범의를 추단하게 해서는 안된다.

피고인 4에게는 "매매거래 유인 목적"이 없었다.

즉, 피고인 4가 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 2.까지 매매한 공소외 1 주식회사의 주식은 A&D 발표로 인해 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 11.까지 연속으로 상한가를 기록하였으며, 그 기간 중 장중에도 상한가가 흔들리지 않았던 종목이었으므로 이미 어느 누구의 의지에 의하여 가격이 조정될 수는 없는 상황이었다.

원심은 피고인 4의 주문량이 많아 관여율이 높았으므로 고의와 목적이 추정된다고 본 것 같으나, 피고인 4에게는 매매거래를 유인할 이유가 없었다.

피고인 4가 이 사건 주식매매를 하게 된 동기도 당시 공소외 8 주식회사의 이사로서 특화된 HTS시스템을 개발 중이어서, 그 자료를 수집하려는 목적으로 이 사건 주식매수 주문 및 취소 주문을 한 것으로, 피고인 4의 행위는 매수주문에 이은 즉각적인 주문 취소 또는 장중 시간대가 아닌 동시호가시간에 주문하여 매수하는 것인바, 원심은 피고인 4의 행위를 인위적으로 해석한 것이다.

따라서, 피고인 4를 유죄로 인정한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 검사의 항소이유의 요지(피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분에 대하여)

피고인 1은 2001. 2. 6. 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 합병 교섭 진행절차에 관하여 비밀유지의무합의서를 작성하였는바, 다음과 같은 이유에서 피고인 1은 미공개정보이용금지행위자에 해당함에도 불구하고, 원심은 피고인 1이 미공개정보를 이용하게 하였다는 점에 대하여 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다고 하여 무죄를 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

첫째, 피고인 1은 준내부자에 해당한다.

즉, "계약을 체결하고 있는 자"에 있어서 계약은 내용, 종류, 형태 등을 불문하는 넓은 개념이고, 확정된 계약만을 의미하는 것도 아니며, 준내부자에 해당되느냐는 것은 법령상 또는 계약상으로 내부정보에 합법적으로 접근할 수 있는 위치에 있는 지 여부에 따라 결정될 문제인바, 이 사건에 있어서 준내부자로 보기 위한 요건이 되는 '계약'은 중요정보의 근거가 되는 합병계약에만 한정된다고 볼 것이 아니라 '합병'이라는 중요정보에 접근할 수 있는 위치에 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

이 사건에 있어서 피고인 1은 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경(피고인 3과의 전환사채 인수 교섭 이전) 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련한 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하였으

로, 이 단계에서 '합병'이라는 중요정보가 생성되었다고 할 것이고, 피고인으로서 이러한 중요정보에 접근할 수 있는 합법적인 위치에 있다고 볼 것이므로 '계약을 체결하고 있는 자'로서 준내부자의 지위에 있다고 보아야 한다.

둘째, 피고인 1은 정보수령자에 해당된다.

원심은, 정보수령자의 범위에는 이 사건 합병계약의 일방 당사자를 포함시킬 수 없다는 전제 아래 이를 인정하지 않은 것으로 보이나, 법규정상 계약의 당사자를 제외한다는 명문규정도 없을 뿐만 아니라 그렇게 해석할 이유도 없으므로, 이 사건에 있어서 피고인 1은 피고인 2와 합병계약을 체결하는 과정에 있음과 동시에 '합병계약'이라는 회사의 중요정보를 내부자인 피고인 2로부터 수령받은 것이다.

만약, 정보수령자를 내부자나 준내부자로부터 정보를 전달받은 제3자로 한정하고 이 사건과 같은 계약의 상대방을 제외한다면, 내부자로부터 정보를 수령한 '제3자'는 처벌되면서 그보다 정보와의 접근성이 가까운 '계약상대방'이 처벌되지 않는 비합리적인 결론에 이르게 되어 부당하다.

셋째, 피고인 1은 피고인 2의 범행에 대한 공범에 해당한다.

이 사건 범죄는 "내부자 또는 준내부자로서 직무와 관련하여 법인의 미공개정보를 알게 된 자" 또는 "이들로부터 당해 정보를 수령한 자"라는 신분을 구성으로 하는 일종의 진정신분범이나 형법 제33조에 의하여 위와 같은 신분이 없더라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 실현하려는 의사의 결합이 이루어지면 그와 같은 신분 관계가 없다 하더라도 법 제188조의2 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

즉, 피고인 1과 피고인 2는 양사의 합병을 추진하면서 공소외 1 주식회사의 전환사채를 타인에게 인수시킬 필요성이 있었으며, 그 과정에서 피고인 3과 접촉이 된 것이므로, 피고인 1이 2001. 3.경부터 피고인 3과 전환사채 인수건으로 접촉하면서 회사의 합병사실을 알렸다고 하더라도 이는 피고인 2와의 협의를 통해서 이루어진 것으로서 피고인 1의 단독범행의 의사로서 이루어진 것으로 볼 수는 없어 피고인 1은 피고인 2의 범행의 공범이라 할 것이다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 검사

(1) 피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분의 공소사실

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 증권거래법위반 부분의 점에 대한 공소사실의 요지는, 공소외 4 주식회사의 실무 책임자인 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련하여 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하던 중, 피고인 1은 피고인 2와 공모하여 2001. 3. 20.경부터 2001. 4. 중순경까지 피고인 3을 접촉하면서 "공소외 1 주식회사가 공소외 4 주식회사와 주식교환을 하여 합병한다.

공소외 9 전 총리의 사위 공소외 10이 투자하는 것이다.

공소외 1 주식회사의 주가가 많이 오를테니 공소외 1 주식회사에서 발행한 전환사채를 1구좌 인수해 달라"고 말하여 동인으로부터 승낙을 받고, 2001. 4. 17. 서울 강남구 삼성동 소재 피고인 1의 사무실에서 피고인 3이 전환사채 1구좌를 10억8,500만 원에 인수하기로 하는 계약을 체결하고, 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 이를 다시 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사

채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 "전환사채를 회사에 상환하는 것처럼 하고 합병에 의하여 공소외 1 주식회사의 주식을 보유하게 된 피고인 1, 위 공소외 10 등 공소외 4 주식회사 주주들과 피고인 2 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주가 각 지분비율에 따라 부담하여 각 보유중인 주식 중 총 50만주를 피고인 3에게 교부한다"고 합의한 후 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 하는 등 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 피고인 3으로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 취지이다.

(2) 원심의 판단

증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의2 제1항이 규정하고 있는 미공개정보 이용금지의 대상이 되는 자는 임직원과 대리인, 주요주주 등 내부자와 감사계약에 의한 외부감사인, 유가증권의 모집이나 매출을 위하여 인수계약을 체결한 증권회사, 거래은행, 변호사 또는 회계사, 컨설팅회사 등의 준내부자 및 내부자로부터 중요한 미공개정보를 전달받은 정보수령자에 한정되는 것인바, 피고인 1은 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 내부자나 준내부자에 해당하지 아니하고, 설사 위 피고인이 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호 내지 제5호의 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자 또는 그 대리인 내지 사용인에 해당한다고 보는 입장에 선다 하여도 피고인 1측이 공소외 1 주식회사와 계약을 체결한 것은 2001. 4. 25.로서(그 이전의 것은 계약의 준비단계로 보아야 할 것이다) 그 이전에 이루어진 행위는 당해 법인과 계약을 체결하기 이전의 지위에서 행한 것이므로 이를 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다.

다만 피고인 1과 피고인 2가 2001. 4. 7. 피고인 3과 함께 한 자리에서 주식스왑거래사실에 관하여 이야기한 것을 피고인 1과 피고인 2가 공모하여 미공개정보를 이용케한 것이라 볼 여지가 있어 내부자 등의 신분이 없는 피고인 1도 형법 제33조에 따라 죄책을 져야 한다고 볼 수 있겠으나, 피고인 1이 이미 2001. 3.경부터 피고인 3에게 이러한 정보를 말한 점에 비추어 볼 때 피고인 1이 2001. 4. 7.에 이르러 종전의 의사와 달리 새로이 피고인 2와 공모의 의사를 가지고 위와 같은 말을 하였다고 보는 것은 자연스럽지 못하다 하겠다는 이유로 무죄를 선고하였다.

(3) 당원의 판단

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 비밀유지의무합의서의 기재를 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 1. 하순경 피고인 2와 만나 A&D를 하는데 협조하기로 한 다음(수사기록 제581면), 2001. 2. 6.경 비밀유지의무합의서를 작성하면서 "공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식의 매수, 회사간 합병, 유상증자의 참여, 영업의 양수도, 자금투자 또는 자금대여 및 기타 이와 유사한 거래(이하 '본 거래'라 한다)에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행상 필요한 업무원칙과 관련한 상호합의"를 목적으로 하여 계약을 체결하고, 위 합의서 말미에는 "정

당한 권한을 가진 대표자에 의해 서명날인한다"면서 공소외 1 주식회사를 대표하여 상무이사 피고인 2가, 공소외 4 주식회사를 대표하여 전무이사 피고인 1이 서명한 사실(공판기록 제179면), 위 합의서를 작성한 무렵 공소외 4 주식회사가 삼정회계법인을 통하여 공소외 1 주식회사의 회계장부를 실사하여 장부상 부실이 없음을 확인한 후 향후 일정과 구체적인 스왑거래에 대하여 의견을 교환하고, 2001. 3.경 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사는 주식매매계약서 및 투자계약서 초안을 작성한 후 법률적 검토를 하였으며, 2001. 4. 중순경 원칙적인 기본구조에 대하여 합의를 한 사실(수사기록 제581~582면), 한편, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화하여 좋은 거래가 있다고 말하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3과 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다면서 1구좌를 인수하라고 말한 사실, 피고인 1은 2001. 4. 7. 피고인 2, 피고인 3과 만났는바, 피고인 1은 피고인 2와 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2와 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 10 외 36인에게 신주를 발행하여 이를 인수하게 하는 계약을 체결하고(수사기록 제119면), 공소외 4 주식회사와 위 공소외 10 외 36인은 공소외 1 주식회사에게 공소외 4 주식회사의 주식을 매도하기로 계약한 사실(수사기록 제129면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

살피건대, 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호는 "당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자", 제5호는 "제4호에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인"이라고 규정하고 있는바, 여기서 '계약'에는 계약의 내용이나 종류, 계약형태, 이행시기, 계약기간의 장단 등은 불문하고, 위 규정의 입법취지는 회사와의 일정한 관계에서 비롯되는 지위로 인하여 내부정보에 특별히 접근할 수 있기 때문에, 이들이 정보상의 이점을 이용하거나 남용하여 증권거래를 한다면 이와 같은 정보를 알지 못하는 일반투자자의 희생하에 부당한 이득을 얻게 되므로 이를 방지하기 위한 점에 있다고 할 것이다.

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 피고인 1은 공소외 4 주식회사의 전무이사로서 공소외 4 주식회사를 대표하여 2001. 2. 6.경 공소외 1 주식회사와 사이에 주식의 매수, 회사간 합병 등에 관한 정보제공 및 비

밀유지, 본 거래의 진행과 관련한 상호합의 사항에 대한 비밀유지합의의 계약을 체결하였는바, 비록 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식맞교환의 계약이 체결되었다고 하더라도, 위 비밀유지합의의 계약도 위 규정에서 정하는 A&D추진이라는 중요한 정보에 접근할 수 있는 계약에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고인 1은 여기서 말하는 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 임원에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피고인 3을 접촉하면서 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 미공개정보를 피고인 3에게 알려주어 그로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 사실은 충분히 인정된다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1에 대하여 증권거래법위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였으므로, 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인들

(1) 피고인 1{사실오인(배임증재의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 2는 피고인 1에게 "전환사채 1구좌당 1억 7,500만 원이 공소외 2 주식회사로 들어가야 된다"고 말하였고, 피고인 1과 전환사채 인수대가로 1구좌당 1억 7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 교부하기로 합의한 사실(수사기록 제598~599면, 726~727면, 744~746면, 809~811면, 866면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억 7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말하였고, 피고인 1도 피고인 3에게 위 돈을 현금으로 준비하여 피고인 2에게 건네주라고 하면서 피고인 2를 거들었으며, 2001. 4. 17. 피고인 1이 피고인 3에게 전화하여 다시 위 돈을 꼭 현금으로 준비하라고 재차 확인한 사실(수사기록 제739~740면, 795면, 812면), 피고인 1은 2001. 4. 17. 피고인 3의 동생 공소외 12, 피고인 2와 함께 한빛은행 강남지점으로 갔고, 위 공소외 12가 1억 7,500만 원을 현금으로 인출한 다음 피고인 2가 미리 준비하여 온 마대자루에 이를 담아 주어 건넨 사실(수사기록 제522면, 531~532면, 795면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면 피고인 1은 아래 (2)의 (다)항에서 보는 바와 같이 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여하는 점에 관하여 순차적으로 의사가 상통하여 공모관계가 성립하였다고 보아야 할 것이므로, 피고인 1이 피고인 2의 배임증재의 실행행위에 직접 관여하지 아니하였다고 하더라도 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한다고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 옳고, 거기에 피고인 1이 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없어 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2(사실오인 및 법리오해)

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 법정진술을 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3을 만나 공소외 1

주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유한 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만났는데, 피고인 2는 피고인 1과 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 2는 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이 다라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사의 보통주 13,935,540주를 주당(액면가 500원) 1,700원 합계 23,690,418,000원에 발행하여 공소외 4 주식회사의 대표이사인 공소외 10 외 36인에게 배정하는 내용의 계약(수사기록 제119면) 및 공소외 4 주식회사의 주주 공소외 10 외 36인은 보유하고 있는 공소외 4 주식회사의 주식 402,554주를 주당 58,850원(액면가 500원)에 합계 23,690,418,000원에 공소외 1 주식회사에 출자한다는 내용의 계약을 각 체결하고, 경영에 대한 합의를 체결한 사실(수사기록 제129면, 제576~577면, 583면, 628면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 미공개의 중요한 정보라고 할 것이고, 피고인 2에게는 피고인 3으로 하여금 이를 이용하게 할 고의가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있어 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 일부 법정진술을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20.경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의

승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받아, 피고인 2와 피고인 1이 협의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의하여 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 한편, 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 당시 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 것만 들어 알고 있다가 그 후 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것을 알았으나 그 상세한 내용은 알지 못하였고, 상급자인 동일권 이사에게 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 내용을 말한 적은 있으나 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것은 보고하지 않은 사실, 공소외 2 주식회사로부터 2001. 4. 24. 1구좌는 피고인 1이 피고인 3을 소개하여 피고인 3으로 하여금 인수토록 하고, 2구좌는 피고인 2가 자신의 명의로 1구좌, 공소외 6 명의로 1구좌를 각 10억 8,700만 원에 각 인수하여 같은 날 삼성증권 명동지점에 개설한 피고인 2 명의의 증권계좌 및 미래에셋증권 선릉지점에 개설한 공소외 6 명의의 증권계좌로 위 전환사채를 각 입고받은 사실(수사기록 제45~52면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5. 말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 5. 9. 공소외 6 명의를 빌려 인수한 전환사채 1구좌를 공소외 7에게 금 29억 원에 매각하여 약 18억 1,300만 원 상당의 시세차익을 취득한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 공시되기 전에는 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보로서 미공개정보라고 할 것인 점(어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 속한다는 취지의 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결 참조), 비록 피고인 2가 공소외 3에게 이러한 정보를 미리 알려주었다고 하더라도 공소외 2 주식회사가 곧바로 이를 알았다고 인정하기도 곤란하며 정보의 내용에 있어서도 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사 사이에 정보의 격차가 전혀 없다고 보기도 어려운 점, 피고인 2가 피고인 1을 통하여 피고인 3에게 전환사채의 인수를 권유하였고, 공시되기 이전에 매매가 이루어져 위 합병관련 정보가 이 사건 전환사채의 거래에 대하여 하나의 '요인'이 되었다고 보이는 점 등을 보태어 보면, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑 거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받자, 피고인 2와 피고인 1이 협의하여 전환사채를 인수하는 방안을 알아보기로 합의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의한 결과, 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 하면서 그 대가로 7억 원을 주기로 한 사실(수사기록 제614면, 744 ~ 745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589 ~ 591면, 648면), 피고인 2는 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말한 사실(수사기록 제739면), 피고인 2가 위 공소외 3에게 전환사채를 인수하는 대가로 3구좌에 대하여 5억2,500만 원을 건넨 사실(수사기록 제743면), 피고인 2가 공소외 3에게 위 돈을 교부한 방법은 서로 별말 없이 피고인 3으로부터 받은 1억7,500만 원은 마대자루에 담긴 채로 이화여대 캠퍼스 뒤쪽 한적한 도로에서, 나머지 금원은 종묘 주차장 뒤쪽의 주택가 주차장에서 마대 자루에 담아서 각 건네 준 사실(수사기록 제599 ~ 600면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 피고인 2가 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여한 사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 피고인 2에게 기대가능성이 없다고 할 수도 없으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(3) 피고인 3{사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 3은 2001. 3. 20.경 피고인 1로부터 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 듣고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 1을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유받은 사실(수사기록 제485 ~ 486면), 피고인 3은 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 2와 만났는데, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2는 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20 ~ 30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이라라고 말한 사실(수사기록 제487 ~ 488면, 492면, 650 ~ 651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여

2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 위 가.의 (3)항에서 본 바와 같이 피고인 1도 미공개정보이용행위의 범행이 유죄로 인정되는 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 3이 피고인 1, 피고인 2로부터 미공개정보를 수령하여 증권거래에 이용하였다는 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 없다.

(4) 직권판단(피고인 2, 피고인 3)

직권으로 살피건대, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 원심은 징역형 및 벌금형을 병과한 다음 위 각 형의 일부인 각 징역형에 대하여만 집행을 유예하면서, 해당법조란에서 이 점에 관한 설시를 누락하였는바, 그렇다면 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

(5) 피고인 4(사실오인 또는 법리오해)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들(특히, 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서)을 종합·검토하여 보면, 피고인 4는 2001. 4. 27. 12:48:12경 굿모닝증권 영업부에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,480원에 매수호가 잔량이 1,146,063주나 됨에도 같은 가격에 1,256,706주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 고가허위매수주문 기재와 같이 같은 달 26.경부터 같은 해 5.2.경까지 사이에 14회에 걸쳐(공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 8,944,306주를 고가허위매수주문하고, 같은 달 30. 14:59:49경 신흥증권 중동지점에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,770원에 매수호가 잔량이 1,064,204주나 됨에도 같은 가격에 330,189주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 종가관리주문 기재와 같이 6회에 걸쳐(역시 공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 1,312,945주를 고가매수주문하여 종가관리한 사실, 위와 같은 허위매수주문은 일반 투자자들로 하여금 매수세가 강하게 보이게 하려는 의도를 가지고 한 사실(수사기록 제542면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 HTS시스템의 자료를 수집하기 위하여 주식매수 주문 및 취소 주문을 하였다는 주장은 수사기관에서는 언급이 없다가 법정에서 새롭게 주장된 점, 몇백만주나 되는 많은 수량을 매수하기 위하여 진실로 매수주문을 하였다고 보기는 어려운 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 4의 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으며, 달리 피고인 4의 위 죄에 대한 원심의 증거취사나 사실인정에 어떤 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 4의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

따라서, 피고인 4의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결하고, 피고인 1에 대하여는 검사가 항소한 위 3.의 가. (1)항의 공소사실과 항소하지 아니한 나머지 공소사실은 모두 형법 제37조 전단에 따라 과형상 불가분의 관계에 있으므로, 원심판결의 선고 형량이 지나치게 무거워서 부당하다는 피고인 1의 항소 이유에 관하여는 나아가 판단하지 아니하고, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 전부 파기하고, 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3 부분에 대하여는 형사소송법 제

364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 파기하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고인들의 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인(배임증재의 점)

피고인 1은 피고인 2가 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 주식회사'이라 한다)에서 발행한 전환사채를 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 주식회사'이라 한다)으로부터 인수하는 것에 대하여 공소외 3에게 1구좌당 1억7,500만 원을 주기로 한 것을 미리 협의한 사실이 없다.

피고인 2도 피고인 1에게 전환사채 매입자를 소개하여 줄 것을 부탁하면서 전환사채 상환원리금 이외에 1억7,500만 원의 비용이 필요하다는 정도로만 얘기하였다.

따라서, 피고인 1은 전환사채 1구좌당 1억7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 조기상환에 따른 위약금으로 알았고, 공소외 1 주식회사에서 급한 현금이 필요한 것으로 생각하였을 뿐이며, 다만, 2001. 4. 17.에서야 피고인 2로부터 1억7,500만 원이 계약서에서 빠진다는 말을 듣고 공소외 1 주식회사의 비자금으로 사용되겠구나하고 추측한 것 뿐이다.

따라서, 피고인 1은 위 비용 1억7,500만 원이 부정한 청탁의 대가로 공여되는 돈이라는 사실을 알지 못하였으므로, 피고인 2나 피고인 3과 배임증재의 공모가 성립될 수 없다.

설사 피고인 1이 피고인 2가 12억6,000만 원을 대출받을 당시 그 중 1억7,500만 원이 공소외 2 주식회사의 담당자에게 사례금으로 간다는 것을 알게 되었다 하더라도 공동의 의사, 즉 2인 이상이 서로 공동으로 수립한 행위계획에 따라 공동하여 죄를 범할 의사가 있었다고 보기 어렵다.

더구나, 이미 담보가 제공된 상태에서 피고인 1이 1억7,500만 원의 용도를 알게 되었다고 하더라도 피고인 1에게 피고인 2의 범죄행위를 방지하여야 할 제반의 조치를 취할 의무, 즉 보증인 의무가 없으므로 배임증재의 부작위에 의한 공동정범 또는 방조범도 성립할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1이 한국 벤처산업의 발전을 위하여 애써온 점, 이 사건 주식스왑거래에 기하여 어떠한 이익도 취득한 것이 없는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 및 법리오해

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 주식회사'이라 한다)의 A&D추진에 관한 미공개정보를 알린 사실이 없다.

피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만나 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 주식교환에 의한 합병계획을 확인하는 취지 및 인수하는 경우 이익이 있을 것이라는 취지의 말을 한 적이 없고, 상

대방 회사에 대한 덕담 등 일상적인 대화만 나누었을 뿐이다.

설사 피고인 2가 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D를 추단할 수 있는 대화를 나누었다고 하더라도, 그것만으로 다음과 같은 세가지 이유에서 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 내부정보를 이용하게 한 것이라고 볼 수는 없다.

첫째, 피고인 2가 나누었다는 대화 내용은, 피고인 3과 같이 이미 A&D추진 정보를 알고 있어야만 그 내용을 추측할 수 있는 정도의 정보에 불과하여 해당 정보를 알지 못하는 합리적인 투자자를 기준으로 판단해 본다면, 피고인 2의 대화내용이 투자판단에 중대한 영향을 줄 수 있는 정보, 즉 '중요한 정보'가 아니었고, 둘째, 내부자가 다른 사람과 하는 대화를 통해 우연히 제3자가 내부정보를 알게 되었다고 하더라도, 제3자는 내부자로부터 "정보를 받은" 자에 해당하지 않으므로, 결과적으로 내부자의 정보제공행위는 인정되지 않는 것인바, 피고인 3은 자신을 배제한 피고인 2와 피고인 1의 대화를 통해서만 A&D추진을 추측할 수 있었다는 것이므로, 그것만으로 피고인 2의 내부정보 제공행위가 인정될 수는 없으며, 셋째, 피고인 2에게는 타인으로 하여금 내부정보를 이용하게 할 고의가 전혀 없었다.

즉, 피고인 3은 이미 전환사채의 인수를 결정한 상태에서 피고인 2를 만난 것이므로 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 대화내용을 통해 획득한 정보를 이용하도록 의도할 하등의 이유가 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2가 A&D추진 정보를 이 사건 전환사채거래 전에 이미 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 주식회사'라 한다)의 담당자인 공소외 3에게 알린 이상 거래당사자들인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이의 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 여기서 문제되는 행위는 공소외 2 주식회사와 피고인 2 사이의 전환사채거래인바, 공개증권시장을 통하지 아니하고 거래가 이루어지는 이른바 '상대거래'의 경우에 증권시장의 공정성이나 일반투자자의 신뢰성의 문제는 발생되지 않으며, 따라서 정보의 불공정한 격차의 문제는 거래당사자 사이에서 판단하여야 하고, '미공개정보'인지 여부는 거래당사자가 이를 알고 있었는지 여부에 따라 판단하여야 하며, 상대거래의 거래당사자가 모두 해당정보를 알고 있는 경우라면 해당 정보가 비록 공시되지는 않았다고 하더라도 내부자거래의 요건인 '미공개정보'에 해당된다고 할 수는 없는 것이다.

증권시장을 전제로 한 내부자거래의 규제가 상대거래에도 그대로 적용된다고 본 것은 잘못이다.

피고인 2가 전환사채를 인수하게 된 경위나 공소외 3이 웃돈을 요구한 경위 기타 관련자의 진술에 비추어 볼 때 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 공소외 5 주식회사의 담당자인 공소외 3에게 전환사채 인수 이전에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D추진 정보를 알렸다는 점은 분명하고, 내부자가 어느 조직에 속하는 개인에게 정보를 제공하였으나 실제로는 그 개인이 아니라 조직을 상대로 정보를 제공할 의도였던 경우에는 그 조직의 모든 구성원을 정보수령자로 보아야 하는바, 실제로 공소외 1 주식회사의 전환사채 관련업무는 공소외 3이 모두 담당하였고, 피고인 2도 공소외 3 외에는 달리 위와 같은 사항을 알릴 공소외 2 주식회사의 담당자를 알고 있지 않았으므로, 피고인 2가 공소외 3에게 해당 정보를 알린 이상 공소외 2 주식회사 역시 이를 알고 있었다고 보아야 한다.

결과적으로, 거래당사자인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이에는 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로, 내부자 거래는 성립될 수 없다.

또, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D추진 정보는 피고인 2나 공소외 2 주식회사에게 이 사건 전환사채거래 여부를 결정하는 '요인'이 되지 않았으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 이 사건 전환사채거래는 피고인 2의 입장에서 보면, 공소외 2 주식회사의 조기상환 요청에 따라 이루어진 것이며 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D를 추진하기 위해 이 사건 거래를 할 수밖에 없는 상황이었다는 점에서, 공소외 2 주식회사의 입장에서 보면, 이미 내부적으로 전환사채의 조기상환방침을 정하여 놓고 있었으나 공소외 1 주식회사의 자금사정을 고려하여 그 시점만 유보하고 있었다는 점에서 A&D추진 정보는 이 사건 전환사채거래의 '요인'이 아니었음은 분명하다.

설사 공소외 3만이 아니라 공소외 5 주식회사나 공소외 2 주식회사 본사의 최고책임자 내지 의사결정권자가 모두 A&D추진 정보를 알았다고 하더라도 여전히 이 사건 전환사채를 피고인 2 등에게 매각하였을 것이라고 판단하지 않을 수 없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

피고인 2는 공소외 3에게 직무권한 범위 내에서 편의를 보아 달라고 부탁한 것에 불과하므로 이를 '부정한 청탁'이라고 볼 수 없다.

피고인 2가 공소외 3에게 청탁한 내용은, 기존에 보류되었던 조기상환절차를 진행해 달라는 것으로, 피고인 2의 요청에 의하여 공소외 2 주식회사의 조기상환요구가 보류되었던 것이므로, 공소외 1 주식회사가 상환절차를 진행하겠다는 의사를 표시한 것이 부정한 청탁이 될 수 없음은 명백하다.

피고인 2는 공소외 3에게 원심 판시와 같은 조기상환의 빌미를 제공하고 조기상환요청을 한 사실이 없다(원심은 피고인 2가 2001. 3.경 보유주식 매각을 문제삼는 것으로 보이나, 이는 피고인 2가 공소외 3으로부터 보유지분의 일부를 매각하라는 요청을 받고 이루어진 것일 뿐, 피고인 2가 이를 요청하였거나 사전에 협의하지 않았다).

또, 피고인 2로서는 A&D의 추진을 위해 웃돈을 달라는 공소외 3의 요구에 응할 수 밖에 없었으므로, 피고인 2에게 '기대가능성'이 인정될 수 없다.

이 사건과 같이 법령에 위반된다거나 관련계약에 반하는 내용을 요청하지 않은 경우에 있어서 아버지로부터 물려받은 기업을 어떻게든 지켜야 하는 피고인 2에게 담당자의 웃돈 요구의 거절을 기대한다는 것은 사실상 불가능하다.

(2) 양형부당

피고인 2가 일반 투자자에게 피해를 준 바가 전혀 없는 점, 공개증권시장의 공정성을 해친 바도 없는 점, 거래의 당사자였던 공소외 2 주식회사가 피해를 호소한다거나 피고인 2의 처벌을 원하고 있지도 않은 점, 공소외 2 주식회사도 내부방침에 의한 조기상환결정에 따라 전환사채 원금 및 이자를 모두 지급받고 전환사채를 매각하였으므로 하등의 손해를 입은 바 없는 점, 이 사건 전환사채거래의 불가피성, 피고인 2는 공소외 6 명의로 인수한 전환사채를 공소외 7에게 매각하여 차익을 일부 실현하였으나 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 웃돈 주는 것이 기업으로서 는 거부하기 힘든 관행이었다는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당

하다.

다.

피고인 3

(1) 사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)

피고인 3이 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다기보다는 피고인 1, 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다는 것을 자백하였으나, 이는 공범의 성립요건에 있어서 공모는 반드시 한 자리에서 행하여질 것을 요구하지 아니하는 것인 이상, 피고인 3이 피고인 1로부터 들은 정보의 근본적인 출처가 피고인 2이었던 것이라고 하더라도 피고인 2와의 공모 관계를 부인하지 아니하였던 것일 뿐이다.

따라서, 피고인 3이 피고인 2와의 의사소통이 성립하는 것은 오로지 피고인 1을 통하여서이므로, 피고인 1이 원심과 같이 무죄라면 그로부터 자료를 얻어 거래한 피고인 3은 논리필연적인 귀결로서 역시 무죄이다.

피고인 1이 공모관계에서 빠지게 된다면 피고인 3은 피고인 2와는 아무런 직접적인 의사의 연락이 없었던 것인 이상 당연히 피고인 3을 유죄로 인정하여서는 아니될 것임에도 불구하고 원심은 정보유통에서 핵심적인 역할을 한 피고인 1을 빼버리고 피고인 2와는 아무런 관련이 없는 피고인 3을 유죄로 인정하였으니 결국 사실오인의 위법을 저지른 것이다.

이점에서 피고인 1을 무죄로 인정하면서도 피고인 3의 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정한 것은 판결이유의 모순이 있는 때에 해당한다.

(2) 양형부당

피고인 3이 회사의 내부자들 내지 작전세력과 공모하였던 것은 아닌 점, 그 위반행위의 정상도 비교적 가벼운 점, 피고인 3이 잘못을 뉘우치고 조사에 협조하였던 점, 취득한 이익의 규모가 위반행위에 비하여 비교적 경미한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

라. 피고인 4

피고인 4는 전문적으로 주식투자를 해온 자로서 공소외 1 주식회사와 같은 매력적인 투자 대상이 있던 경우에는 하루에도 수백번씩의 주문과 주문 취소를 반복하여 왔다.

일반적인 주식 투자자의 주문표에 의한 주문 방식과 달리 피고인 4가 상한가 매매방식에 입각하여 많은 금액의 주문을 하였다거나 그 횟수가 많다는 것이 피고인 4의 범의를 추단하게 해서는 안된다.

피고인 4에게는 "매매거래 유인 목적"이 없었다.

즉, 피고인 4가 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 2.까지 매매한 공소외 1 주식회사의 주식은 A&D 발표로 인해 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 11.까지 연속으로 상한가를 기록하였으며, 그 기간 중 장중에도 상한가가 흔들리지 않았던 종목이었으므로 이미 어느 누구의 의지에 의하여 가격이 조정될 수는 없는 상황이었다.

원심은 피고인 4의 주문량이 많아 관여율이 높았으므로 고의와 목적이 추정된다고 본 것 같으나, 피고인 4에게는 매매거래를 유인할 이유가 없었다.

피고인 4가 이 사건 주식매매를 하게 된 동기도 당시 공소외 8 주식회사의 이사로서 특화된 HTS시스템을 개발 중이어서, 그 자료를 수집하려는 목적으로 이 사건 주식매수 주문 및 취소 주문을 한 것으로, 피고인 4의 행위는 매수주문에 이은 즉각적인 주문 취소 또는 장중 시간대가 아닌 동시호가시간에 주문하여 매수하는 것인바, 원심은 피고인 4의 행위를 인위적으로 해석한 것이다.

따라서, 피고인 4를 유죄로 인정한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 검사의 항소이유의 요지(피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분에 대하여)

피고인 1은 2001. 2. 6. 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 합병 교섭 진행절차에 관하여 비밀유지의무합의서를 작성하였는바, 다음과 같은 이유에서 피고인 1은 미공개정보이용금지행위자에 해당함에도 불구하고, 원심은 피고인 1이 미공개정보를 이용하게 하였다는 점에 대하여 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다고 하여 무죄를 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

첫째, 피고인 1은 준내부자에 해당한다.

즉, "계약을 체결하고 있는 자"에 있어서 계약은 내용, 종류, 형태 등을 불문하는 넓은 개념이고, 확정된 계약만을 의미하는 것도 아니며, 준내부자에 해당되느냐는 것은 법령상 또는 계약상으로 내부정보에 합법적으로 접근할 수 있는 위치에 있는 지 여부에 따라 결정될 문제인바, 이 사건에 있어서 준내부자로 보기 위한 요건이 되는 '계약'은 중요정보의 근거가 되는 합병계약에만 한정된다고 볼 것이 아니라 '합병'이라는 중요정보에 접근할 수 있는 위치에 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

이 사건에 있어서 피고인 1은 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경(피고인 3과의 전환사채 인수 교섭 이전) 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련한 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하였으므로, 이 단계에서 '합병'이라는 중요정보가 생성되었다고 할 것이고, 피고인으로서 이러한 중요정보에 접근할 수 있는 합법적인 위치에 있다고 볼 것이므로 '계약을 체결하고 있는 자'로서 준내부자의 지위에 있다고 보아야 한다.

둘째, 피고인 1은 정보수령자에 해당된다.

원심은, 정보수령자의 범위에는 이 사건 합병계약의 일방 당사자를 포함시킬 수 없다는 전제 아래 이를 인정하지 않은 것으로 보이나, 법규정상 계약의 당사자를 제외한다는 명문규정도 없을 뿐만 아니라 그렇게 해석할 이유도 없으므로, 이 사건에 있어서 피고인 1은 피고인 2와 합병계약을 체결하는 과정에 있음과 동시에 '합병계약'이라는 회사의 중요정보를 내부자인 피고인 2로부터 수령받은 것이다.

만약, 정보수령자를 내부자나 준내부자로부터 정보를 전달받은 제3자로 한정하고 이 사건과 같은 계약의 상대방을 제외한다면, 내부자로부터 정보를 수령한 '제3자'는 처벌되면서 그보다 정보와의 접근성이 가까운 '계약상대방'이 처벌되지 않는 비합리적인 결론에 이르게 되어 부당하다.

셋째, 피고인 1은 피고인 2의 범행에 대한 공범에 해당한다.

이 사건 범죄는 "내부자 또는 준내부자로서 직무와 관련하여 법인의 미공개정보를 알게 된 자" 또는 "이들로부터 당해 정보를 수령한 자"라는 신분을 구성으로 하는 일종의 진정신분범이나 형법 제33조에 의하여 위와 같은 신분이 없더라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 실현하려는 의사의 결합이 이루어지면 그와 같은 신분 관계가 없다 하더라도 법 제188조의2 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

즉, 피고인 1과 피고인 2는 양사의 합병을 추진하면서 공소외 1 주식회사의 전환사채를 타인에게 인수시킬 필요성이 있었으며, 그 과정에서 피고인 3과 접촉이 된 것이므로, 피고인 1이 2001. 3.경부터 피고인 3과 전환사채 인수건으로 접촉하면서 회사의 합병사실을 알렸다고 하더라도 이는 피고인 2와의 협의를 통해서 이루어진 것으로서 피고인 1의 단독범행의 의사로서 이루어진 것으로 볼 수는 없어 피고인 1은 피고인 2의 범행의 공범이라 할 것이다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 검사

(1) 피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분의 공소사실

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 증권거래법위반 부분의 점에 대한 공소사실의 요지는, 공소외 4 주식회사의 실무 책임자인 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련하여 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하던 중, 피고인 1은 피고인 2와 공모하여 2001. 3. 20.경부터 2001. 4. 중순경까지 피고인 3을 접촉하면서 "공소외 1 주식회사가 공소외 4 주식회사와 주식교환을 하여 합병한다.

공소외 9 전 총리의 사위 공소외 10이 투자하는 것이다.

공소외 1 주식회사의 주가가 많이 오를테니 공소외 1 주식회사에서 발행한 전환사채를 1구좌 인수해 달라"고 말하여 동인으로부터 승낙을 받고, 2001. 4. 17. 서울 강남구 삼성동 소재 피고인 1의 사무실에서 피고인 3이 전환사채 1구좌를 10억8,500만 원에 인수하기로 하는 계약을 체결하고, 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 이를 다시 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 "전환사채를 회사에 상환하는 것처럼 하고 합병에 의하여 공소외 1 주식회사의 주식을 보유하게 된 피고인 1, 위 공소외 10 등 공소외 4 주식회사 주주들과 피고인 2 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주가 각 지분비율에 따라 부담하여 각 보유중인 주식 중 총 50만주를 피고인 3에게 교부한다"고 합의한 후 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 하는 등 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 피고인 3으로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 취지이다.

(2) 원심의 판단

증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의2 제1항이 규정하고 있는 미공개정보 이용금지의 대상이 되는 자는 임직원과 대리인, 주요주주 등 내부자와 감사계약에 의한 외부감사인, 유가증권의 모집이나 매출을 위하여 인수계약을 체결한 증권회사, 거래은행, 변호사 또는 회계사, 컨설팅회사 등의 준내부자 및 내부자로부터 중요한 미공개정보를 전달받은 정보수령자에 한정되는 것인바, 피고인 1은 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 내부자나 준내부자에 해당하지 아니하고, 설사 위 피고인이 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호 내지 제5호의 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자 또는 그 대리인 내지 사용인에 해당한다고 보는 입장에 선다 하여도 피고인 1측이 공소외 1 주식회사와 계약을 체결한 것은 2001. 4. 25.로서(그 이전의 것은 계약의 준비단계로 보아야 할 것이다) 그 이전에 이루어진 행위는 당해 법인과 계약을 체결하기 이전의 지위에서 행한 것이므로 이를 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다.

다만 피고인 1과 피고인 2가 2001. 4. 7. 피고인 3과 함께 한 자리에서 주식스왑거래사실에 관하여 이야기한 것을 피고인 1과 피고인 2가 공모하여 미공개정보를 이용케한 것이라 볼 여지가 있어 내부자 등의 신분이 없는 피고인 1도 형법 제33조에 따라 죄책을 져야 한다고 볼 수 있겠으나, 피고인 1이 이미 2001. 3.경부터 피고인 3에게 이러한 정보를 말한 점에 비추어 볼 때 피고인 1이 2001. 4. 7.에 이르러 종전의 의사와 달리 새로이 피고인 2와 공모의 의사를 가지고 위와 같은 말을 하였다고 보는 것은 자연스럽지 못하다 하겠다는 이유로 무죄를 선고하였다.

(3) 당원의 판단

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 비밀유지의무합의서의 기재를 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 1. 하순경 피고인 2와 만나 A&D를 하는데 협조하기로 한 다음(수사기록 제581면), 2001. 2. 6.경 비밀유지의무합의서를 작성하면서 "공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식의 매수, 회사간 합병, 유상증자의 참여, 영업의 양수도, 자금투자 또는 자금대여 및 기타 이와 유사한 거래(이하 '본 거래'라 한다)에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행상 필요한 업무원칙과 관련한 상호합의"를 목적으로 하여 계약을 체결하고, 위 합의서 말미에는 "정당한 권한을 가진 대표자에 의해 서명날인한다"면서 공소외 1 주식회사를 대표하여 상무이사 피고인 2가, 공소외 4 주식회사를 대표하여 전무이사 피고인 1이 서명한 사실(공판기록 제179면), 위 합의를 작성한 무렵 공소외 4 주식회사가 삼정회계법인을 통하여 공소외 1 주식회사의 회계장부를 실사하여 장부상 부실이 없음을 확인한 후 향후 일정과 구체적인 스왑거래에 대하여 의견을 교환하고, 2001. 3.경 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사는 주식매매계약서 및 투자계약서 초안을 작성한 후 법률적 검토를 하였으며, 2001. 4. 중순경 원칙적인 기본구조에 대하여 합의를 한 사실(수사기록 제581~582면), 한편, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화하여 좋은 거래가 있다고 말하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3과 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다면 1구좌를 인수하라고 말한 사실, 피고인 1은 2001. 4. 7. 피고인 2, 피고인 3과 만났는바, 피고인 1은 피고인 2와 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2와 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 2001. 4. 17.

공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 10 외 36인에게 신주를 발행하여 이를 인수하게 하는 계약을 체결하고(수사기록 제119면), 공소외 4 주식회사와 위 공소외 10 외 36인은 공소외 1 주식회사에게 공소외 4 주식회사의 주식을 매도하기로 계약한 사실(수사기록 제129면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5. 말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

살피건대, 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호는 "당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자", 제5호는 "제4호에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인"이라고 규정하고 있는바, 여기서의 '계약'에는 계약의 내용이나 종류, 계약형태, 이행시기, 계약기간의 장단 등은 불문하고, 위 규정의 입법취지는 회사와의 일정한 관계에서 비롯되는 지위로 인하여 내부정보에 특별히 접근할 수 있기 때문에, 이들이 정보상의 이점을 이용하거나 남용하여 증권거래를 한다면 이와 같은 정보를 알지 못하는 일반투자자의 희생하에 부당한 이익을 얻게 되므로 이를 방지하기 위한 점에 있다고 할 것이다.

돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 피고인 1은 공소외 4 주식회사의 전무이사로서 공소외 4 주식회사를 대표하여 2001. 2. 6.경 공소외 1 주식회사와 사이에 주식의 매수, 회사간 합병 등에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행과 관련한 상호합의 사항에 대한 비밀유지합의의 계약을 체결하였는바, 비록 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식맞교환의 계약이 체결되었다고 하더라도, 위 비밀유지합의의 계약도 위 규정에서 정하는 A&D추진이라는 중요한 정보에 접근할 수 있는 계약에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고인 1은 여기서 말하는 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 임원에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피고인 3을 접촉하면서 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 미공개정보를 피고인 3에게 알려주어 그로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 사실은 충분히 인정된다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1에 대하여 증권거래법위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였으므로, 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인들

(1) 피고인 1{사실오인(배임증재의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 2는 피고인 1에게 "전환사채 1구좌당 1억 7,500만 원이 공소외 2 주식회사로 들어가야 된다"고 말하였고, 피고인 1과 전환사채 인수대가로 1구좌당 1억 7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 교부하기로 합의한 사실(수사기록 제598~599면, 726~727면, 744~746면, 809~811면, 866면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억 7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말하였고, 피고인 1도 피고인 3에게 위 돈을 현금으로 준비하여 피고인 2에게 건네주라고 하면서 피고인 2를 거들었으며, 2001. 4. 17. 피고인 1이 피고인 3에게 전화하여 다시 위 돈을 꼭 현금으로 준비하라고 재차 확인한 사실(수사기록 제739~740면, 795면, 812면), 피고인 1은 2001. 4. 17. 피고인 3의 동생 공소외 12, 피고인 2와 함께 한빛은행 강남지점으로 갔고, 위 공소외 12가 1억 7,500만 원을 현금으로 인출한 다음 피고인 2가 미리 준비하여 온 마대자루에 이를 담아 주어 건넨 사실(수사기록 제522면, 531~532면, 795면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면 피고인 1은 아래 (2)의 (다)항에서 보는 바와 같이 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여하는 점에 관하여 순차적으로 의사가 상통하여 공모관계가 성립하였다고 보아야 할 것이므로, 피고인 1이 피고인 2의 배임증재의 실행행위에 직접 관여하지 아니하였다고 하더라도 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한다고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 옳고, 거기에 피고인 1이 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없어 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2(사실오인 및 법리오해)

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당사 증인 공소외 3의 법정진술을 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유한 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만났는데, 피고인 2는 피고인 1과 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 2는 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이 다라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 1

주식회사의 보통주 13,935,540주를 주당(액면가 500원) 1,700원 합계 23,690,418,000원에 발행하여 공소외 4 주식회사의 대표이사인 공소외 10 외 36인에게 배정하는 내용의 계약(수사기록 제119면) 및 공소외 4 주식회사의 주주 공소외 10 외 36인은 보유하고 있는 공소외 4 주식회사의 주식 402,554주를 주당 58,850원(액면가 500원)에 합계 23,690,418,000원에 공소외 1 주식회사에 출자한다는 내용의 계약을 각 체결하고, 경영에 대한 합의를 체결한 사실(수사기록 제129면, 제576~577면, 583면, 628면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 미공개의 중요한 정보라고 할 것이고, 피고인 2에게는 피고인 3으로 하여금 이를 이용하게 할 고의가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있어 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 일부 법정진술을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20.경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받아, 피고인 2와 피고인 1이 협의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의하여 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 한편, 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 당시 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하

려고 한다는 것만 들어 알고 있다가 그 후 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것을 알았으나 그 상세한 내용은 알지 못하였고, 상급자인 동일권 이사에게 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 내용을 말한 적은 있으나 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것은 보고하지 않은 사실, 공소외 2 주식회사로부터 2001. 4. 24. 1구좌는 피고인 1이 피고인 3을 소개하여 피고인 3으로 하여금 인수토록 하고, 2구좌는 피고인 2가 자신의 명의로 1구좌, 공소외 6 명의로 1구좌를 각 10억 8,700만 원에 각 인수하여 같은 날 삼성증권 명동지점에 개설한 피고인 2 명의의 증권계좌 및 미래에셋증권 선릉지점에 개설한 공소외 6 명의의 증권계좌로 위 전환사채를 각 입고받은 사실(수사기록 제 45 ~ 52면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 5. 9. 공소외 6 명의를 빌려 인수한 전환사채 1구좌를 공소외 7에게 금 29억 원에 매각하여 약 18억 1,300만 원 상당의 시세차익을 취득한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 공시되기 전에는 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보로서 미공개정보라고 할 것인 점(어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 속한다는 취지의 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결 참조), 비록 피고인 2가 공소외 3에게 이러한 정보를 미리 알려주었다고 하더라도 공소외 2 주식회사가 곧바로 이를 알았다고 인정하기도 곤란하며 정보의 내용에 있어서도 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사 사이에 정보의 격차가 전혀 없다고 보기도 어려운 점, 피고인 2가 피고인 1을 통하여 피고인 3에게 전환사채의 인수를 권유하였고, 공시되기 이전에 매매가 이루어져 위 합병관련 정보가 이 사건 전환사채의 거래에 대하여 하나의 '요인'이 되었다고 보이는 점 등을 보태어 보면, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑 거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받아, 피고인 2와 피고인 1이 협의하여 전환사채를 인수하는 방안을 알아보기로 합의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의한 결과, 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 하면서 그 대가로 7억 원을 주기로 한 사실(수사기록 제614면, 744 ~ 745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및

2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 피고인 2는 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말한 사실(수사기록 제739면), 피고인 2가 위 공소외 3에게 전환사채를 인수하는 대가로 3구좌에 대하여 5억2,500만 원을 건넨 사실(수사기록 제743면), 피고인 2가 공소외 3에게 위 돈을 교부한 방법은 서로 별말 없이 피고인 3으로부터 받은 1억7,500만 원은 마대자루에 담긴 채로 이화여대 캠퍼스 뒤쪽 한적한 도로에서, 나머지 금원은 종묘 주차장 뒤쪽의 주택가 주차장에서 마대 자루에 담아서 각 건네 준 사실(수사기록 제599~600면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 피고인 2가 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여한 사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 피고인 2에게 기대가능성이 없다고 할 수도 없으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(3) 피고인 3(사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점))

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 3은 2001. 3. 20.경 피고인 1로부터 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 듣고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 1을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유받은 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 3은 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 2와 만났는데, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2는 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이라라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 위 가.의 (3)항에서 본 바와 같이 피고인 1도 미공개정보이용행위의 범행이 유죄로 인정되는 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 3이 피고인 1, 피고인 2로부터 미공개정보를 수령하여 증권거래에 이용하였다는 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 없다.

(4) 직권판단(피고인 2, 피고인 3)

직권으로 살피건대, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 원심은 징역형 및 벌금형을 병과한 다음 위 각 형의 일부인 각 징역형에 대하여만 집행을 유예하면서, 해당법조란에서 이 점에 관한 설시를 누락하였는바, 그렇다면 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

(5) 피고인 4(사실오인 또는 법리오해)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들(특히, 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서)을 종합·검토하여 보면, 피고인 4는 2001. 4. 27. 12:48:12경 굿모닝증권 영업부에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,480원에 매수호가 잔량이 1,146,063주나 됨에도 같은 가격에 1,256,706주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 고가허위매수주문 기재와 같이 같은 달 26.경부터 같은 해 5.2.경까지 사이에 14회에 걸쳐(공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 8,944,306주를 고가허위매수주문하고, 같은 달 30. 14:59:49경 신흥증권 중동지점에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,770원에 매수호가 잔량이 1,064,204주나 됨에도 같은 가격에 330,189주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 종가관리주문 기재와 같이 6회에 걸쳐(역시 공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 1,312,945주를 고가매수주문하여 종가관리한 사실, 위와 같은 허위매수주문은 일반 투자자들로 하여금 매수세가 강하게 보이게 하려는 의도를 가지고 한 사실(수사기록 제542면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 HTS시스템의 자료를 수집하기 위하여 주식매수 주문 및 취소 주문을 하였다는 주장은 수사기관에서는 언급이 없다가 법정에서 새롭게 주장된 점, 몇백만주나 되는 많은 수량을 매수하기 위하여 진실로 매수주문을 하였다고 보기는 어려운 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 4의 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으며, 달리 피고인 4의 위 죄에 대한 원심의 증거취사나 사실인정에 어떤 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 4의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

따라서, 피고인 4의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결하고, 피고인 1에 대하여는 검사가 항소한 위 3.의 가. (1)항의 공소사실과 항소하지 아니한 나머지 공소사실은 모두 형법 제37조 전단에 따라 과형상 불가분의 관계에 있으므로, 원심판결의 선고 형량이 지나치게 무거워서 부당하다는 피고인 1의 항소 이유에 관하여는 나아가 판단하지 아니하고, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 전부 파기하고, 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3 부분에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 파기하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 피고인들의 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인(배임증재의 점)

피고인 1은 피고인 2가 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 주식회사'이라 한다)에서 발행한 전환사채를 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 주식회사'이라 한다)으로부터 인수하는 것에 대하여 공소외 3에게 1구좌당 1억7,500만 원을 주기로 한 것을 미리 협의한 사실이 없다.

피고인 2도 피고인 1에게 전환사채 매입자를 소개하여 줄 것을 부탁하면서 전환사채 상환원리금 이외에 1억7,500만 원의 비용이 필요하다는 정도로만 얘기하였다.

따라서, 피고인 1은 전환사채 1구좌당 1억7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 조기상환에 따른 위약금으로 알았고, 공소외 1 주식회사에서 급한 현금이 필요한 것으로 생각하였을 뿐이며, 다만, 2001. 4. 17.에서야 피고인 2로부터 1억7,500만 원이 계약서에서 빠진다는 말을 듣고 공소외 1 주식회사의 비자금으로 사용되었구나하고 추측한 것 뿐이다.

따라서, 피고인 1은 위 비용 1억7,500만 원이 부정한 청탁의 대가로 공여되는 돈이라는 사실을 알지 못하였으므로, 피고인 2나 피고인 3과 배임증재의 공모가 성립될 수 없다.

설사 피고인 1이 피고인 2가 12억6,000만 원을 대출받을 당시 그 중 1억7,500만 원이 공소외 2 주식회사의 담당자에게 사례금으로 간다는 것을 알게 되었다 하더라도 공동의 의사, 즉 2인 이상이 서로 공동으로 수립한 행위계획에 따라 공동하여 죄를 범할 의사가 있었다고 보기 어렵다.

더구나, 이미 담보가 제공된 상태에서 피고인 1이 1억7,500만 원의 용도를 알게 되었다고 하더라도 피고인 1에게 피고인 2의 범죄행위를 방지하여야 할 제반의 조치를 취할 의무, 즉 보증인 의무가 없으므로 배임증재의 부작위에 의한 공동정범 또는 방조범도 성립할 수 없다.

(2) 양형부당

피고인 1이 한국 벤처산업의 발전을 위하여 애써온 점, 이 사건 주식스왑거래에 기하여 어떠한 이익도 취득한 것이 없는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2

(1) 사실오인 및 법리오해

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 주식회사'이라 한다)의 A&D추진에 관한 미공개정보를 알린 사실이 없다.

피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만나 피고인 3에게 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 주식교환에 의한 합병계획을 확인하는 취지 및 인수하는 경우 이익이 있을 것이라는 취지의 말을 한 적이 없고, 상대방 회사에 대한 덕담 등 일상적인 대화만 나누었을 뿐이다.

설사 피고인 2가 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D를 추단할 수 있는 대화를 나누었다고 하더라도, 그것만으로 다음과 같은 세가지 이유에서 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 내부정보를 이용하게 한 것이라고 볼 수는 없다.

첫째, 피고인 2가 나누었다는 대화 내용은, 피고인 3과 같이 이미 A&D추진 정보를 알고 있어야만 그 내용을 추측할 수 있는 정도의 정보에 불과하여 해당 정보를 알지 못하는 합리적인 투자자를 기준으로 판단해 본다면, 피고인 2의 대화내용이 투자판단에 중대한 영향을 줄 수 있는 정보, 즉 '중요한 정보'가 아니었고, 둘째, 내부자가 다른 사람과 하는 대화를 통해 우연히 제3자가 내부정보를 알게 되었다고 하더라도, 제3자는 내부자로부터 "정보를 받은" 자에 해당하지 않으므로, 결과적으로 내부자의 정보제공행위는 인정되지 않는 것인바, 피고인 3은 자신을 배제한 피고인 2와 피고인 1의 대화를 통해서만 A&D추진을 추측할 수 있었다는 것이므로, 그것만으로 피고인 2의 내부정보

제공행위가 인정될 수는 없으며, 셋째, 피고인 2에게는 타인으로 하여금 내부정보를 이용하게 할 고의가 전혀 없었다.

즉, 피고인 3은 이미 전환사채의 인수를 결정한 상태에서 피고인 2를 만난 것이므로 피고인 2가 피고인 3으로 하여금 대화내용을 통해 획득한 정보를 이용하도록 의도할 하등의 이유가 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

피고인 2가 A&D추진 정보를 이 사건 전환사채거래 전에 이미 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 주식회사'라 한다)의 담당자인 공소외 3에게 알린 이상 거래당사자들인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이의 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 여기서 문제되는 행위는 공소외 2 주식회사와 피고인 2 사이의 전환사채거래인바, 공개증권시장을 통하지 아니하고 거래가 이루어지는 이른바 '상대거래'의 경우에 증권시장의 공정성이나 일반투자자의 신뢰성의 문제는 발생되지 않으며, 따라서 정보의 불공정한 격차의 문제는 거래당사자 사이에서 판단하여야 하고, '미공개정보'인지 여부는 거래당사자가 이를 알고 있었는지 여부에 따라 판단하여야 하며, 상대거래의 거래당사자가 모두 해당정보를 알고 있는 경우라면 해당 정보가 비록 공시되지는 않았다고 하더라도 내부자거래의 요건인 '미공개정보'에 해당된다고 할 수는 없는 것이다.

증권시장을 전제로 한 내부자거래의 규제가 상대거래에도 그대로 적용된다고 본 것은 잘못이다.

피고인 2가 전환사채를 인수하게 된 경위나 공소외 3이 웃돈을 요구한 경위 기타 관련자의 진술에 비추어 볼 때 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 공소외 5 주식회사의 담당자인 공소외 3에게 전환사채 인수 이전에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사의 A&D추진 정보를 알렸다는 점은 분명하고, 내부자가 어느 조직에 속하는 개인에게 정보를 제공하였으나 실제로는 그 개인이 아니라 조직을 상대로 정보를 제공할 의도였던 경우에는 그 조직의 모든 구성원을 정보수령자로 보아야 하는바, 실제로 공소외 1 주식회사의 전환사채 관련업무는 공소외 3이 모두 담당하였고, 피고인 2도 공소외 3 외에는 달리 위와 같은 사항을 알릴 공소외 2 주식회사의 담당자를 알고 있지 않았으므로, 피고인 2가 공소외 3에게 해당 정보를 알린 이상 공소외 2 주식회사 역시 이를 알고 있었다고 보아야 한다.

결과적으로, 거래당사자인 피고인 2와 공소외 2 주식회사 사이에는 불공정한 정보의 격차가 없게 되었으므로, 내부자거래는 성립될 수 없다.

또, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D추진 정보는 피고인 2나 공소외 2 주식회사에게 이 사건 전환사채거래 여부를 결정하는 '요인'이 되지 않았으므로 내부자거래는 성립될 수 없다.

즉, 이 사건 전환사채거래는 피고인 2의 입장에서 보면, 공소외 2 주식회사의 조기상환 요청에 따라 이루어진 것이며 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사간의 A&D를 추진하기 위해 이 사건 거래를 할 수밖에 없는 상황이었다는 점에서, 공소외 2 주식회사의 입장에서 보면, 이미 내부적으로 전환사채의 조기상환방침을 정하여 놓고 있었으나 공소외 1 주식회사의 자금사정을 고려하여 그 시점만 유보하고 있었다는 점에서 A&D추진 정보는 이 사건 전환사채거래의 '요인'이 아니었음은 분명하다.

설사 공소외 3만이 아니라 공소외 5 주식회사나 공소외 2 주식회사 본사의 최고책임자 내지 의사결정권자가 모두 A&D추진 정보를 알았다고 하더라도 여전히 이 사건 전환사채를 피고인 2 등에게 매각하였을 것이라고 판단하지 않을 수 없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

피고인 2는 공소외 3에게 직무권한 범위 내에서 편의를 보아 달라고 부탁한 것에 불과하므로 이를 '부정한 청탁'이라고 볼 수 없다.

피고인 2가 공소외 3에게 청탁한 내용은, 기존에 보류되었던 조기상환절차를 진행해 달라는 것으로, 피고인 2의 요청에 의하여 공소외 2 주식회사의 조기상환요구가 보류되었던 것이므로, 공소외 1 주식회사가 상환절차를 진행하겠다는 의사를 표시한 것이 부정한 청탁이 될 수 없음은 명백하다.

피고인 2는 공소외 3에게 원심 판시와 같은 조기상환의 빌미를 제공하고 조기상환요청을 한 사실이 없다(원심은 피고인 2가 2001. 3.경 보유주식 매각을 문제삼는 것으로 보이나, 이는 피고인 2가 공소외 3으로부터 보유지분의 일부를 매각하라는 요청을 받고 이루어진 것일 뿐, 피고인 2가 이를 요청하였거나 사전에 협의하지 않았다).

또, 피고인 2로서는 A&D의 추진을 위해 웃돈을 달라는 공소외 3의 요구에 응할 수 밖에 없었으므로, 피고인 2에게 '기대가능성'이 인정될 수 없다.

이 사건과 같이 법령에 위반된다거나 관련계약에 반하는 내용을 요청하지 않은 경우에 있어서 아버지로부터 물려받은 기업을 어떻게든 지켜야 하는 피고인 2에게 담당자의 웃돈 요구의 거절을 기대한다는 것은 사실상 불가능하다.

(2) 양형부당

피고인 2가 일반 투자자에게 피해를 준 바가 전혀 없는 점, 공개증권시장의 공정성을 해친 바도 없는 점, 거래의 당사자였던 공소외 2 주식회사가 피해를 호소한다거나 피고인 2의 처벌을 원하고 있지도 않은 점, 공소외 2 주식회사도 내부방침에 의한 조기상환결정에 따라 전환사채 원금 및 이자를 모두 지급받고 전환사채를 매각하였으므로 하등의 손해를 입은 바 없는 점, 이 사건 전환사채거래의 불가피성, 피고인 2는 공소외 6 명의로 인수한 전환사채를 공소외 7에게 매각하여 차익을 일부 실현하였으나 그 경위에 있어 참작할 점이 있는 점, 웃돈 주는 것이 기업으로서 거부하기 힘든 관행이었다는 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 3

(1) 사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)

피고인 3이 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다기보다는 피고인 1, 피고인 2로부터 알게 된 정보를 이용하였다는 것을 자백하였으나, 이는 공범의 성립요건에 있어서 공모는 반드시 한 자리에서 행하여질 것을 요구하지 아니하는 것인 이상, 피고인 3이 피고인 1로부터 들은 정보의 근본적인 출처가 피고인 2이었던 것이라고 하더라도 피고인 2와의 공모 관계를 부인하지 아니하였던 것일 뿐이다.

따라서, 피고인 3이 피고인 2와의 의사소통이 성립하는 것은 오로지 피고인 1을 통하여서이므로, 피고인 1이 원심과 같이 무죄라면 그로부터 자료를 얻어 거래한 피고인 3은 논리필연적인 귀결로서 역시 무죄이다.

피고인 1이 공모관계에서 빠지게 된다면 피고인 3은 피고인 2와는 아무런 직접적인 의사의 연락이 없었던 것인 이상 당연히 피고인 3을 유죄로 인정하여서는 아니될 것임에도 불구하고 원심은 정보유통에서 핵심적인 역할을 한 피고인 1을 빼버리고 피고인 2와는 아무런 관련이 없는 피고인 3을 유죄로 인정하였으니 결국 사실오인의 위법을 저지른 것이다.

이점에서 피고인 1을 무죄로 인정하면서도 피고인 3의 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정한 것은 판결이유의 모순이 있는 때에 해당한다.

(2) 양형부당

피고인 3이 회사의 내부자들 내지 작전세력과 공모하였던 것은 아닌 점, 그 위반행위의 정상도 비교적 가벼운 점, 피고인 3이 잘못을 뉘우치고 조사에 협조하였던 점, 취득한 이익의 규모가 위반행위에 비하여 비교적 경미한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인 1에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

라. 피고인 4

피고인 4는 전문적으로 주식투자를 해온 자로서 공소외 1 주식회사와 같은 매력적인 투자 대상이 있던 경우에는 하루에도 수백번씩의 주문과 주문 취소를 반복하여 왔다.

일반적인 주식 투자자의 주문표에 의한 주문 방식과 달리 피고인 4가 상한가 매매방식에 입각하여 많은 금액의 주문을 하였다거나 그 횟수가 많다는 것이 피고인 4의 범의를 추단하게 해서는 안된다.

피고인 4에게는 "매매거래 유인 목적"이 없었다.

즉, 피고인 4가 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 2.까지 매매한 공소외 1 주식회사의 주식은 A&D 발표로 인해 2001. 4. 26.부터 같은 해 5. 11.까지 연속으로 상한가를 기록하였으며, 그 기간 중 장중에도 상한가가 흔들리지 않았던 종목이었으므로 이미 어느 누구의 의지에 의하여 가격이 조정될 수는 없는 상황이었다.

원심은 피고인 4의 주문량이 많아 관여율이 높았으므로 고의와 목적이 추정된다고 본 것 같으나, 피고인 4에게는 매매거래를 유인할 이유가 없었다.

피고인 4가 이 사건 주식매매를 하게 된 동기도 당시 공소외 8 주식회사의 이사로서 특화된 HTS시스템을 개발 중이어서, 그 자료를 수집하려는 목적으로 이 사건 주식매수 주문 및 취소 주문을 한 것으로, 피고인 4의 행위는 매수주문에 이은 즉각적인 주문 취소 또는 장중 시간대가 아닌 동시호가시간에 주문하여 매수하는 것인바, 원심은 피고인 4의 행위를 인위적으로 해석한 것이다.

따라서, 피고인 4를 유죄로 인정한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2. 검사의 항소이유의 요지(피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분에 대하여)

피고인 1은 2001. 2. 6. 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 합병 교섭 진행절차에 관하여 비밀유지의무합의서를 작성하였는바, 다음과 같은 이유에서 피고인 1은 미공개정보이용금지행위자에 해당함에도 불구하고, 원심은 피고인 1이 미공개정보를 이용하게 하였다는 점에 대하여 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다고 하여 무죄를 선고하였는바, 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다.

첫째, 피고인 1은 준내부자에 해당한다.

즉, "계약을 체결하고 있는 자"에 있어서 계약은 내용, 종류, 형태 등을 불문하는 넓은 개념이고, 확정된 계약만을 의미하는 것도 아니며, 준내부자에 해당되느냐는 것은 법령상 또는 계약상으로 내부정보에 합법적으로 접근할 수 있는 위치에 있는 지 여부에 따라 결정될 문제인바, 이 사건에 있어서 준내부자로 보기 위한 요건이 되는 '계약'은 중요정보의 근거가 되는 합병계약에만 한정된다고 볼 것이 아니라 '합병'이라는 중요정보에 접근할 수 있는 위치에 있는 경우를 의미하는 것으로 보아야 할 것이다.

이 사건에 있어서 피고인 1은 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경(피고인 3과의 전환사채 인수 교섭 이전) 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련한 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하였으므로, 이 단계에서 '합병'이라는 중요정보가 생성되었다고 할 것이고, 피고인으로서 이러한 중요정보에 접근할 수 있는 합법적인 위치에 있다고 볼 것이므로 '계약을 체결하고 있는 자'로서 준내부자의 지위에 있다고 보아야 한다.

둘째, 피고인 1은 정보수령자에 해당된다.

원심은, 정보수령자의 범위에는 이 사건 합병계약의 일방 당사자를 포함시킬 수 없다는 전제 아래 이를 인정하지 않은 것으로 보이나, 법규정상 계약의 당사자를 제외한다는 명문규정도 없을 뿐만 아니라 그렇게 해석할 이유도 없으므로, 이 사건에 있어서 피고인 1은 피고인 2와 합병계약을 체결하는 과정에 있음과 동시에 '합병계약'이라는 회사의 중요정보를 내부자인 피고인 2로부터 수령받은 것이다.

만약, 정보수령자를 내부자나 준내부자로부터 정보를 전달받은 제3자로 한정하고 이 사건과 같은 계약의 상대방을 제외한다면, 내부자로부터 정보를 수령한 '제3자'는 처벌되면서 그보다 정보와의 접근성이 가까운 '계약상대방'이 처벌되지 않는 비합리적인 결론에 이르게 되어 부당하다.

셋째, 피고인 1은 피고인 2의 범행에 대한 공범에 해당한다.

이 사건 범죄는 "내부자 또는 준내부자로서 직무와 관련하여 법인의 미공개정보를 알게 된 자" 또는 "이들로부터 당해 정보를 수령한 자"라는 신분을 구성으로 하는 일종의 진정신분범이나 형법 제33조에 의하여 위와 같은 신분이 없더라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 실현하려는 의사의 결합이 이루어지면 그와 같은 신분관계가 없다 하더라도 법 제188조의2 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다고 보아야 한다.

즉, 피고인 1과 피고인 2는 양사의 합병을 추진하면서 공소외 1 주식회사의 전환사채를 타인에게 인수시킬 필요성이 있었으며, 그 과정에서 피고인 3과 접촉이 된 것이므로, 피고인 1이 2001. 3.경부터 피고인 3과 전환사채 인수건으로 접촉하면서 회사의 합병사실을 알렸다고 하더라도 이는 피고인 2와의 협의를 통해서 이루어진 것으로서 피고인 1의 단독범행의 의사로서 이루어진 것으로 볼 수는 없어 피고인 1은 피고인 2의 범행의 공범이라 할 것이다.

3. 항소이유에 대한 판단

가. 검사

(1) 피고인 1에 대한 증권거래법위반 부분의 공소사실

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 증권거래법위반 부분의 점에 대한 공소사실의 요지는, 공소외 4 주식회사의 실무 책임자인 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 2와 접촉하여 2001. 2. 6.경 양사의 합병 교섭 진행절차와 관련하여 비밀유지의무합의서를 작성한 후 교섭을 진행하던 중, 피고인 1은 피고인 2와 공모하여 2001. 3. 20.경부터 2001. 4. 중순경까지 피고인 3을 접촉하면서 "공소외 1 주식회사가 공소외 4 주식회사와 주식교환을 하여 합병한다.

공소외 9 전 총리의 사위 공소외 10이 투자하는 것이다.

공소외 1 주식회사의 주가가 많이 오를테니 공소외 1 주식회사에서 발행한 전환사채를 1구좌 인수해 달라"고 말하여 동인으로부터 승낙을 받고, 2001. 4. 17. 서울 강남구 삼성동 소재 피고인 1의 사무실에서 피고인 3이 전환사채 1구좌를 10억8,500만 원에 인수하기로 하는 계약을 체결하고, 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 이를 다시 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 "전환사채를 회사에 상환하는 것처럼 하고 합병에 의하여 공소외 1 주식회사의 주식을 보유하게 된 피고인 1, 위 공소외 10 등 공소외 4 주식회사 주주들과 피고인 2 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주가 각 지분비율에 따라 부담하여 각 보유중인 주식 중 총 50만주를 피고인 3에게 교부한다"고 합의한 후 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 하는 등 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 피고인 3으로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 취지이다.

(2) 원심의 판단

증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의2 제1항이 규정하고 있는 미공개정보 이용금지의 대상이 되는 자는 임직원과 대리인, 주요주주 등 내부자와 감사계약에 의한 외부감사인, 유가증권의 모집이나 매출을 위하여 인수계약을 체결한 증권회사, 거래은행, 변호사 또는 회계사, 컨설팅회사 등의 준내부자 및 내부자로부터 중요한 미공개정보를 전달받은 정보수령자에 한정되는 것인바, 피고인 1은 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 내부자나 준내부자에 해당하지 아니하고, 설사 위 피고인이 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호 내지 제5호의 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자 또는 그 대리인 내지 사용인에 해당한다고 보는 입장에 선다 하여도 피고인 1측이 공소외 1 주식회사와 계약을 체결한 것은 2001. 4. 25.로서(그 이전의 것은 계약의 준비단계로 보아야 할 것이다) 그 이전에 이루어진 행위는 당해 법인과 계약을 체결하기 이전의 지위에서 행한 것이므로 이를 피고인 1이 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 지

위에서 행한 것이라고 볼 수는 없다.

다만 피고인 1과 피고인 2가 2001. 4. 7. 피고인 3과 함께 한 자리에서 주식스왑거래사실에 관하여 이야기한 것을 피고인 1과 피고인 2가 공모하여 미공개정보를 이용케한 것이라 볼 여지가 있어 내부자 등의 신분이 없는 피고인 1도 형법 제33조에 따라 죄책을 져야 한다고 볼 수 있겠으나, 피고인 1이 이미 2001. 3.경부터 피고인 3에게 이러한 정보를 말한 점에 비추어 볼 때 피고인 1이 2001. 4. 7.에 이르러 종전의 의사와 달리 새로이 피고인 2와 공모의 의사를 가지고 위와 같은 말을 하였다고 보는 것은 자연스럽지 못하다 하겠다는 이유로 무죄를 선고하였다.

(3) 당원의 판단

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 비밀유지의무합의서의 기재를 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001. 1. 하순경 피고인 2와 만나 A&D를 하는데 협조하기로 한 다음(수사기록 제581면), 2001. 2. 6.경 비밀유지의무합의서를 작성하면서 "공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식의 매수, 회사간 합병, 유상증자의 참여, 영업의 양수도, 자금투자 또는 자금대여 및 기타 이와 유사한 거래(이하 '본 거래'라 한다)에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행상 필요한 업무원칙과 관련한 상호합의"를 목적으로 하여 계약을 체결하고, 위 합의서 말미에는 "정당한 권한을 가진 대표자에 의해 서명날인한다"면서 공소외 1 주식회사를 대표하여 상무이사 피고인 2가, 공소외 4 주식회사를 대표하여 전무이사 피고인 1이 서명한 사실(공판기록 제179면), 위 합의를 작성한 무렵 공소외 4 주식회사가 삼정회계법인을 통하여 공소외 1 주식회사의 회계장부를 실사하여 장부상 부실이 없음을 확인한 후 향후 일정과 구체적인 스왑거래에 대하여 의견을 교환하고, 2001. 3.경 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사는 주식매매계약서 및 투자계약서 초안을 작성한 후 법률적 검토를 하였으며, 2001. 4. 중순경 원칙적인 기본구조에 대하여 합의를 한 사실(수사기록 제581~582면), 한편, 피고인 1은 2001. 3. 20.경 피고인 3에게 전화하여 좋은 거래가 있다고 말하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3과 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다면서 1구좌를 인수하라고 말한 사실, 피고인 1은 2001. 4. 7. 피고인 2, 피고인 3과 만났는데, 피고인 1은 피고인 2와 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2와 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 10 외 36인에게 신주를 발행하여 이를 인수하게 하는 계약을 체결하고(수사기록 제119면), 공소외 4 주식회사와 위 공소외 10 외 36인은 공소외 1 주식회사에게 공소외 4 주식회사의 주식을 매도하기로 계약한 사실(수사기록 제129면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청

구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

살피건대, 증권거래법 제188조의2 제1항 제4호는 "당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자", 제5호는 "제4호에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인"이라고 규정하고 있는바, 여기서의 '계약'에는 계약의 내용이나 종류, 계약형태, 이행시기, 계약기간의 장단 등은 불문하고, 위 규정의 입법취지는 회사와의 일정한 관계에서 비롯되는 지위로 인하여 내부정보에 특별히 접근할 수 있기 때문에, 이들이 정보상의 이점을 이용하거나 남용하여 증권거래를 한다면 이와 같은 정보를 알지 못하는 일반투자자의 희생하에 부당한 이득을 얻게 되므로 이를 방지하기 위한 점에 있다고 할 것이다.

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실에 의하면, 피고인 1은 공소외 4 주식회사의 전무이사로서 공소외 4 주식회사를 대표하여 2001. 2. 6.경 공소외 1 주식회사와 사이에 주식의 매수, 회사간 합병 등에 관한 정보제공 및 비밀유지, 본 거래의 진행과 관련한 상호합의 사항에 대한 비밀유지합의의 계약을 체결하였는바, 비록 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 주식맞교환의 계약이 체결되었다고 하더라도, 위 비밀유지합의의 계약도 위 규정에서 정하는 A&D추진이라는 중요한 정보에 접근할 수 있는 계약에 해당한다고 봄이 상당하므로, 피고인 1은 여기서 말하는 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자의 임원에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여, 피고인 3을 접촉하면서 코스닥 등록법인인 공소외 1 주식회사와의 A&D를 위하여 계약을 체결하고 있는 공소외 4 주식회사의 임원으로서 공소외 1 주식회사의 업무 등과 관련하여 직무상 알게 된 미공개정보를 피고인 3에게 알려주어 그로 하여금 공소외 1 주식회사의 유가증권 거래와 관련하여 이용하게 하였다는 사실은 충분히 인정된다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1에 대하여 증권거래법위반의 점에 대하여 무죄를 선고하였으므로, 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인들

(1) 피고인 1{사실오인(배임증재의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 2는 피고인 1에게 "전환사채 1구좌당 1억 7,500만 원이 공소외 2 주식회사로 들어가야 된다"고 말하였고, 피고인 1과 전환사채 인수대가로 1구좌당 1억 7,500만 원을 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 교부하기로 합의한 사실(수사기록 제598~599면, 726~727면, 744~746면, 809~811면, 866면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억 7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말하였고, 피고인 1도 피고인 3에게 위 돈을 현금으로 준비하여 피고인 2에게 건네주라고 하면서 피고인 2를 거들었으며, 2001. 4. 17. 피고인 1이 피고인 3에게 전화하여 다시 위 돈을 꼭 현금으로 준비하라고 재차 확인한 사실(수사기록 제739~740면, 795면, 812면), 피고인 1은

2001. 4. 17. 피고인 3의 동생 공소외 12, 피고인 2와 함께 한빛은행 강남지점으로 갔고, 위 공소외 12가 1억 7,500만 원을 현금으로 인출한 다음 피고인 2가 미리 준비하여 온 마대자루에 이를 담아 주어 건넨 사실(수사기록 제522면, 531~532면, 795면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면 피고인 1은 아래 (2)의 (다)항에서 보는 바와 같이 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여하는 점에 관하여 순차적으로 의사가 상통하여 공모관계가 성립하였다고 보아야 할 것이므로, 피고인 1이 피고인 2의 배임증재의 실행행위에 직접 관여하지 아니하였다고 하더라도 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한다고 할 것이다.

이와 같은 취지에서 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 조처는 옳고, 거기에 피고인 1이 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없어 피고인 1의 위 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 2(사실오인 및 법리오해)

(가) 원심 범죄사실 제2항 가. (1)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 법정진술을 종합·검토하여 보면, 피고인 1은 2001.

3. 20.경 피고인 3에게 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 하고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 3을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유한 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 2는 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 3과 만났는데, 피고인 2는 피고인 1과 함께 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 2는 피고인 1과 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면), 공소외 1 주식회사는 2001. 4. 25. 공소외 1 주식회사의 보통주 13,935,540주를 주당(액면가 500원) 1,700원 합계 23,690,418,000원에 발행하여 공소외 4 주식회사의 대표이사인 공소외 10 외 36인에게 배정하는 내용의 계약(수사기록 제119면) 및 공소외 4 주식회사의 주주 공소외 10 외 36인은 보유하고 있는 공소외 4 주식회사의 주식 402,554주를 주당 58,850원(액면가 500원)에 합계 23,690,418,000원에 공소외 1 주식회사에 출자한다는 내용의 계약을 각 체결하고, 경영에 대한 합의를 체결한 사실(수사기록 제129면, 제576~577면, 583면, 628면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5. 말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 4. 18. 피고인 3으로부터 전환사채 1구좌에 대한 대금을 송금받은 후 2001. 4. 24. 공소외 2 주식회사의 지정 계좌에 대금을 입금해 주고, 같은 날 위 전환사채를 대우증권 동래지점에 개설한 피고인 3의 계좌로 입고시킨 후, 위 전환사채를 바로 주식으로 전환청구하여 위 회사에서 회수한 것처럼 가장하기 위

하여 2001. 6. 7. 피고인 1의 사무실에서 피고인 3과 주식양수도계약서와 전환사채상환계약서를 작성한 후 다음날 8. 일은증권 강남지점에 개설한 피고인 3 명의의 증권계좌로 우선 피고인 2와 공소외 11 등 기존의 공소외 1 주식회사 대주주 소유의 주식 중 32만주를 입고해 주어 동인으로 하여금 2001. 6. 11.경까지 사이에 전량을 2,165,834,240원에 매각하여 약 10억 원 상당의 시세차익을 취득하게 한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 미 공개의 중요한 정보라고 할 것이고, 피고인 2에게는 피고인 3으로 하여금 이를 이용하게 할 고의가 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있어 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

(나) 원심 범죄사실 제2항 가. (2)에 대하여(증권거래법위반의 점)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들 및 당심 증인 공소외 3의 일부 법정진술을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20.경 발행한 액면 금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받자, 피고인 2와 피고인 1이 협의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의하여 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 한편, 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 당시 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 것만 들어 알고 있다가 그 후 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것을 알았으나 그 상세한 내용은 알지 못하였고, 상급자인 동일권 이사에게 공소외 1 주식회사가 합병을 추진하려고 한다는 내용을 말한 적은 있으나 그 대상이 공소외 4 주식회사라는 것은 보고하지 않은 사실, 공소외 2 주식회사로부터 2001. 4. 24. 1구좌는 피고인 1이 피고인 3을 소개하여 피고인 3으로 하여금 인수토록 하고, 2구좌는 피고인 2가 자신의 명의로 1구좌, 공소외 6 명의로 1구좌를 각 10억 8,700만 원에 각 인수하여 같은 날 삼성증권 명동지점에 개설한 피고인 2 명의의 증권계좌 및 미래에셋증권 선릉지점에 개설한 공소외 6 명의의 증권계좌로 위 전환사채를 각 입고받은 사실(수사기록 제 45~52면), 공소외 1 주식회사가 주식교환을 통하여 정보통신사업에 진출한다는 사실은 2001. 4. 25. 공시된 사실(수사기록 제112면, 584면, 785면), 공소외 1 주식회사의 주가는 A&D라는 호재성 재료에 힘입어 2001. 4. 10. 1주당 금 1,000원에서 합병공시 당일 1,990원, 2001. 5.말경 11,750원으로 급상승한 사실, 한편, 피고인 2는 2001. 5. 9. 공소외 6 명의를 빌려 인수한 전환사채 1구좌를 공소외 7에게 금 29억 원에 매각하여 약 18억 1,300만 원 상당의

시세차익을 취득한 사실을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이의 A&D를 추진한다는 합병관련 정보는 공시되기 전에는 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보로서 미공개정보라고 할 것인 점(어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개 정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 속한다는 취지의 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결 참조), 비록 피고인 2가 공소외 3에게 이러한 정보를 미리 알려주었다고 하더라도 공소외 2 주식회사가 곧바로 이를 알았다고 인정하기도 곤란하며 정보의 내용에 있어서도 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사 사이에 정보의 격차가 전혀 없다고 보기도 어려운 점, 피고인 2가 피고인 1을 통하여 피고인 3에게 전환사채의 인수를 권유하였고, 공시되기 이전에 매매가 이루어져 위 합병관련 정보가 이 사건 전환사채의 거래에 대하여 하나의 '요인'이 되었다고 보이는 점 등을 보태어 보면, 피고인 2의 이 부분 증권거래법위반의 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있으므로 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(다) 배임증재의 점에 대하여

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 공소외 1 주식회사는 공소외 4 주식회사와 주식스왑 거래를 하기 위하여는 공소외 1 주식회사에서 2000. 4. 20경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 총 40억 원을 인수한 공소외 2 주식회사의 자산운용사인 공소외 5 주식회사의 승인을 받아야 하므로 피고인 2가 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3에게 위 합병 계획을 설명하고 승인을 받을 수 있는지 여부를 문의하였으나 공소외 3으로부터 "승인이 불가하다"는 답변을 받아, 피고인 2와 피고인 1이 협의하여 전환사채를 인수하는 방안을 알아보기로 합의한 후 피고인 2가 재차 위 공소외 3과 협의한 결과, 공소외 1 주식회사측이 공소외 5 주식회사로부터 전환사채 조기상환요청을 받을 빌미를 제공한 후 공소외 5 주식회사가 이를 이유로 공소외 1 주식회사측에 형식적으로 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사측은 이를 사실상 개인들로 하여금 인수하기로 하는 방법을 사용하기로 하면서 그 대가로 7억 원을 주기로 한 사실(수사기록 제614면, 744~745면), 이에 따라 공소외 3은 피고인 2에게 공소외 1 주식회사의 대주주 및 그 특별관계자의 지분을 공소외 2 주식회사의 서면동의를 받지 않고 증권시장에 매각하라고 권유하였고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 2001. 3. 26. 및 2001. 3. 29. 장내매도하였으며, 이를 빌미로 하여 공소외 2 주식회사에 대한 담당자인 공소외 3은 공소외 2 주식회사의 서면동의없는 매각을 이유로 약정을 위반하여 기한의 이익을 상실하였다면서 위 전환사채의 조기상환을 요구한 사실(수사기록 제589~591면, 648면), 피고인 2는 피고인 3에게도 전환사채 매수대금 중 1억7,500만 원은 공소외 2 주식회사에 들어가는 경비라고 말한 사실(수사기록 제739면), 피고인 2가 위 공소외 3에게 전환사채를 인수하는 대가로 3구좌에 대하여 5억2,500만 원을 건넨 사실(수사기록 제743면), 피고인 2가 공소외 3에게 위 돈을 교부한 방법은 서로 별말 없이 피고인 3으로부터 받은 1억7,500만 원은 마대자루에 담긴 채로 이화여대 캠퍼스 뒤쪽 한적한 도로에서, 나머지 금원은 종묘 주차장 뒤쪽의 주택가 주차장에서 마대 자루에 담아서 각 건네 준 사실(수사기록 제599~600면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 의하면, 피고인 2가 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여한 사실을 넉넉히 인정할 수 있고, 피고인 2에게 기대가능성이 없다고 할 수도 없으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유없다.

(3) 피고인 3{사실오인 및 이유모순(증권거래법위반의 점)}

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들을 종합·검토하여 보면, 피고인 3은 2001. 3. 20.경 피고인 1로부터 전화로 좋은 거래가 있다는 말을 듣고, 며칠 후인 2001. 3. 25.경 피고인 1을 만나 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사가 주식스왑거래를 통하여 합병과 같은 효과를 얻는 거래를 한다고 하면서 1구좌를 인수하라고 권유받은 사실(수사기록 제485~486면), 피고인 3은 2001. 4. 7. 피고인 1, 피고인 2와 만났는데, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 전환사채를 인수하도록 설득하는 과정에서, 피고인 2는 피고인 3에게 "전환사채 거래로 어느 정도 수익을 기대하느냐"고 물었고, 이에 피고인 3이 "제가 어느 정도 수익을 예상하면 되겠느냐"고 되물었더니 피고인 2가 "20~30% 정도는 되지 않겠느냐"고 답하여 피고인 3이 "그 정도면 만족할만한 수준이다"라고 대답을 하였고, 그 자리에서 피고인 1, 피고인 2가 공소외 1 주식회사와 공소외 4 주식회사 사이에 스왑거래를 하여 합병을 한다는 내용으로 대화하고, 피고인 2는 피고인 3에게 공소외 1 주식회사의 주가가 오를 것이라라고 말한 사실(수사기록 제487~488면, 492면, 650~651면, 801면, 811면), 피고인 3은 동생 공소외 12를 통하여 2001. 4. 17. 공소외 1 주식회사로부터 공소외 2 주식회사가 보유하고 있던 전환사채(권면액 합계 40억 원) 중 일부(권면액 합계 10억 원)를 대금 12억6,000만 원에 인수하기로 하되, 인수금액을 모두 공소외 1 주식회사에서 보장하기로 하는 계약을 체결한 사실(수사기록 제171면, 480면, 506면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 위 가.의 (3)항에서 본 바와 같이 피고인 1도 미공개정보이용행위의 범행이 유죄로 인정되는 점을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 3이 피고인 1, 피고인 2로부터 미공개정보를 수령하여 증권거래에 이용하였다는 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 없다.

(4) 직권판단(피고인 2, 피고인 3)

직권으로 살피건대, 피고인 2, 피고인 3에 대하여 원심은 징역형 및 벌금형을 병과한 다음 위 각 형의 일부인 각 징역형에 대하여만 집행을 유예하면서, 해당법조란에서 이 점에 관한 설시를 누락하였는데, 그렇다면 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분은 이 점에서 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

(5) 피고인 4(사실오인 또는 법리오해)

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거들(특히, 검사 작성의 피고인에 대한 피의자신문조서)을 종합·검토하여 보면, 피고인 4는 2001. 4. 27. 12:48:12경 굿모닝증권 영업부에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,480원에 매수호가 잔량이 1,146,063주나 됨에도 같은 가격에 1,256,706주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 고가허위매수주문 기재와 같이 같은 달 26.경부터 같은 해 5.2.경까지 사이에 14회에 걸쳐(공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 8,944,306주를 고가허위매수주문하고, 같은 달 30. 14:59:49경 신흥증권 중동지점에 개설한 피고인 4 명의의 계좌를 이용하여 1주당 2,770원에 매수호가 잔량이 1,064,204주나 됨에도 같은 가격에 330,189주를 매수주문하는 등 원심 판시 별지 시세조종주문 유형별내역 중 종가관리주문 기재와 같이 6회에 걸쳐(역시 공소외 13 명의 계좌는 제외한 숫자임) 총 1,312,945주를 고가매수주문하여 종가관리한 사실, 위와 같은 허

위매수주문은 일반 투자자들로 하여금 매수세가 강하게 보이게 하려는 의도를 가지고 한 사실(수사기록 제542면)을 인정할 수 있다.

이러한 사실관계에 HTS시스템의 자료를 수집하기 위하여 주식매수 주문 및 취소 주문을 하였다는 주장은 수사기관에서는 언급이 없다가 법정에서 새롭게 주장된 점, 몇백만주나 되는 많은 수량을 매수하기 위하여 진실로 매수주문을 하였다고 보기는 어려운 점 등을 보태어 보면, 원심 판시와 같은 피고인 4의 증권거래법위반의 범행을 충분히 인정할 수 있으며, 달리 피고인 4의 위 죄에 대한 원심의 증거취사나 사실인정에 어떤 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 4의 위 주장은 이유 없다.

4. 결론

따라서, 피고인 4의 항소는 이유없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결하고, 피고인 1에 대하여는 검사가 항소한 위 3.의 가. (1)항의 공소사실과 항소하지 아니한 나머지 공소사실은 모두 형법 제37조 전단에 따라 과형상 불가분의 관계에 있으므로, 원심판결의 선고 형량이 지나치게 무거워서 부당하다는 피고인 1의 항소 이유에 관하여는 나아가 판단하지 아니하고, 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1에 대한 부분을 전부 파기하고, 원심판결 중 피고인 2, 피고인 3 부분에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 직권으로 파기하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.