

자본시장과 금융투자업에 관한 법률위반·특정 경제범죄 가중처벌등  
에 관한 법률위반(횡령)·주식회사의 외부감사에 관한 법률위반  
·업무상 횡령·특정 경제범죄 가중 처벌등에 관한 법률위반(배  
임)·특정 경제범죄 가중 처벌등에 관한 법률위반(증재등)·특  
정 경제범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(수재등)·특정 경제범  
죄 가중처벌등에 관한 법률 위반(알선수재)·배임 수재



[대법원 2011. 12. 22. 2011도12041]

【판시사항】

- [1] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 법인의 대표자 등이 법인의 기관으로서 같은 법 제443조에서 정한 위반행위를 한 경우, 위반행위로 법인이 얻은 이익이 법인 대표자 등의 위반행위로 얻은 이익에 포함되는지 여부(적극)
- [2] 甲 주식회사의 실질적 경영자와 대표이사인 피고인들이 공모하여 甲 회사가 실시할 예정인 유상증자 관련 증권신고서 등을 작성하면서 실제와 다른 자금 사용 계획을 기재하여 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반죄가 인정된 사안에서, 증권신고서 등의 거짓 기재로 피고인들이 얻은 이익에는 甲 회사가 유상증자로 납입받은 대금도 포함된다고 본 원심판단을 수긍한 사례
- [3] 형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'(自首)의 의미 및 자수감경을 하지 아니하거나 자수감경 주장에 대하여 판단하지 아니한 원심의 조치가 위법한지 여부(소극)
- [4] 피고인이 금융기관 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품을 수수하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재)죄로 기소된 사안에서, 피고인이 수사기관에 두 번째 출석하여 조사를 받으면서 비로소 범행을 자백한 행위를 '자수'라고 할 수 없고, 설령 자수하였다 하더라도 자수의 착오 주장에 대하여 판단하지 아니한 원심의 조치가 위법하다고 할 수 없다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다) 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'은 원칙적으로 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이익을 의미하고, 범행에 가담하지 아니한 제3자에게 귀속되는 이익은 이에 포함되지 아니한다 할 것이나, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조에 정한 위반행위를 한 경우에는 그 위반행위로 법인이 얻은 이익도 법인의 대표자 등의 위반행위로 얻은 이익에 포함된다.
- [2] 코스닥 상장법인 甲 주식회사의 실질적 경영자와 대표이사인 피고인들이 공모하여 甲 회사가 실시할 예정인 유상증자 관련 증권신고서 및 투자설명서를 작성하면서 유상증자를 통하여 조달할 자금의 사용계획에 관하여 자금의 실제 사용계획과는 다른 계획을 기재하여 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반죄가 인정된 사안에서, 증권신고서 등의 거짓 기재로 인하여 피고인들이 얻은 이익에는 甲 회사가 유상증자로 납입받은 대금도 포함된다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

- [3] 형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 아니하고, 나아가 자수는 범인이 수사기관에 의사표시를 함으로써 성립하는 것이므로 내심적 의사만으로는 부족하고 외부로 표시되어야 이를 인정할 수 있는 것이다. 또한 피고인이 자수하였다 하더라도 자수한 이에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다.
- [4] 피고인이 금융기관 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품을 수수하였다고 하여 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재)죄로 기소된 사안에서, 피고인이 수사기관에 자진 출석하여 처음 조사를 받으면서는 돈을 차용하였을 뿐이라며 범죄사실을 부인하다가 제2회 조사를 받으면서 비로소 업무와 관련하여 돈을 수수하였다고 자백한 행위를 자수라고 할 수 없고, 설령 자수하였다고 하더라도 자수한 이에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수의 착오 주장에 대하여 판단하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다고 한 사례.

#### 【참조조문】

- [1] 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항, 제2항
- [2] 형법 제30조, 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제2호, 제443조 제1항 제8호, 제2항 제1호
- [3] 형법 제52조 제1항, 형사소송법 제323조 제2항
- [4] 형법 제52조 제1항, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제1항, 제4항 제1호, 제5항, 형사소송법 제323조 제2항

#### 【참조판례】

- [1] 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도7622 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결(공2011하, 1686) /
- [3] 대법원 2001. 4. 24. 선고 2001도872 판결(공2001상, 1300), 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결, 대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도2018 판결(공2004하, 1198), 대법원 2004. 10. 14. 선고 2003도3133 판결

#### 【전문】

##### 【피 고 인】

##### 【상 고 인】

【변 호 인】 변호사 김정수 외 9인

【원심판결】 서울고법 2011. 8. 26. 선고 2011노183 판결

##### 【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 피고인들과 검사의 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 피고인 1, 피고인 2의 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 함께 판단한다.

1. '자본시장과 금융투자업에 관한 법률' 위반의 점에 관한 상고이유에 대하여

가. 피고인 1, 피고인 2의 상고이유에 대하여

(1) 금융투자상품의 매매 등에 관한 중요사항에 관하여 거짓의 기재를 한 것인지 여부 및 피고인 2의 공모 여부 등에 관하여

'자본시장과 금융투자업에 관한 법률'(이하 '자본시장법'이라 한다) 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'이란, 미공개중요정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제174조 제1항에서 정한 '미공개중요정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 특정증권 등의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다( 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 참조). 또한 2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접적·명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적·암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동 가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없다.

한편 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는데, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 부담하여 실행하지 아니한 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 등 참조).

원심은 그 채택증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2는 피고인 1과 공모하여 공소외 1 주식회사가 실시할 예정인 266억 원 상당의 유상증자(이하 '이 사건 유상증자'라 한다)와 관련한 증권신고서 및 투자설명서(이하 '이 사건 증권신고서 등'이라 한다)를 작성함에 있어서 유상증자를 통하여 조달할 자금의 사용계획에 관하여 그 자금의 실제 사용계획과는 다른 계획을 기재하였는데, 이는 자본시장법 제178조 제1항 제2호에서 정한 '중요사항에 관하여 거짓의 기재를 한 것'에 해당하고, 피고인 1, 피고인 2에게는 위와 같은 거짓 기재에 관한 범의가 인정되며, 이 사건 증권신고서 등의 거짓 기재와 이 사건 유상증자의 성공 사이에 인과관계를 인정할 수 있다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 위반행위로 얻은 이익액의 산정에 관하여

자본시장법 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'은 원칙적으로 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이익을 의미하고, 범행에 가담하지 아니한 제3자에게 귀속되는 이익은 이에 포함되지 아니한다 할 것이나 ( 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 참조), 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조에 정한 위반행위를 한 경우에는 그 위반행위로 인하여 법인이 얻은 이익도 법인의 대표자 등의 위반행위로 얻은 이익에 포함된다.

원심은 그 채택증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 이 사건 증권신고서 등의 거짓 기재로 인하여 피고인 1, 피고인 2가 얻은 이익에는 공소외 1 주식회사가 이 사건 유상증자로 납입받은 대금도 포함된다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈하거나 위반행위로 얻은 이익의 귀속주체에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 검사의 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 6이 피고인 1, 피고인 2와 공모하여 이 사건 증권신고서 등에 거짓 기재를 하였다는 공소사실에 대하여 그 범죄의 증거가 없다고 판단하여 위 공소사실을 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 공소외 2 주식회사 주식 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(횡령)의 점에 관한 상고이유에 대하여  
원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 피고인 1이 업무상 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 매각하여 이를 횡령하였다는 공소사실에 대하여 그 범죄의 증거가 없다고 판단하여, 위 공소사실을 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 없다.

3. 공소외 1 주식회사 자금 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(횡령) 및 업무상 횡령의 점에 관한 상고이유에 대하여

주식회사의 대표이사가 회사의 금전을 인출하여 사용하였는데 그 사용처에 관한 증빙자료를 제시하지 못하고 있고 그 인출사유와 금원의 사용처에 관하여 납득할 만한 합리적인 설명을 하지 못하고 있다면, 이러한 금원은 그가 불법영득의 의사로 회사의 금원을 인출하여 개인적 용도로 사용한 것으로 추단할 수 있다( 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007도9250 판결 등 참조).

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 1의 원심 범죄일람표 (1) 순번 1번, 2번 및 4번 기재 각 자금인출행위는 공소외 1 주식회사에 대한 업무상 횡령행위에 해당한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(횡령)의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 1이 업무상 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 소유의 시가 17억 6천만 원 상당의 공소외 4 주식회사 주식 55만 주를 임의로 가져가 이를 횡령하였다는 공소사실에 대하여 그 범죄의 증거가 없다고 판단하여, 위 공소사실을 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같은 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 없다.

5. 공소외 3 주식회사 자금 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(횡령) 및 업무상 횡령의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 1의 원심 범죄일람표 (2) 순번 2번, 3번, 9번 및 14번 기재 각 자금인출행위는 공소외 3 주식회사에 대한 업무상 횡령행위에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 위 법리에 따른 것으로서 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 없다.

6. 공소외 1 주식회사의 제17기 반기 재무제표 허위 공시에 기한 '주식회사의 외부감사에 관한 법률' 위반의 점에 관한 상고이유에 대하여

'주식회사의 외부감사에 관한 법률'(이하 '외부감사법'이라 한다)과 그 시행령의 관계 규정을 살펴보면, 외부감사법에 의하여 외부감사인인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법의 규율대상인 재무제표라고 할 것이다(대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조). 한편 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 아니하였더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있지만, 이와 같은 경우라고 하더라도 이를 처벌하지 아니한다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우가 아닌 한 법원이 직권으로 그 범죄사실을 인정하지 아니하였다고 하여 위법한 것이라고까지는 볼 수 없다(대법원 2010. 1. 14. 선고 2009도11601 판결 참조).

이 사건에 있어서 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.~2009. 6. 30.)에 관한 재무제표를 허위로 작성하였다 하더라도, 외부감사법 제20조 제1항 위반죄보다 자본시장법 제444조 제13호 (마)목 위반죄의 그 법정 형이 더 무거우므로 법원이 공소장의 변경도 없이 자본시장법 제444조 제13호 (마)목 위반죄를 유죄로 인정하는 것이 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 보기 어려울 뿐만 아니라, 자본시장법 제444조 제13호 (마)목 위반죄를 유죄로 인정하지 아니한 것이 현저하게 정의와 형평에 반한다고 볼 수도 없다.

따라서 원심이 공소 제기된 외부감사법 위반죄에 대해서만 심리·판단하여 무죄를 선고한 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 법원의 심판의무에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

7. 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(배임)의 점에 관한 상고이유에 대하여

경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식(미필적 인식을 포함)하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없는데 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의 의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자대금으로 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 아니하였어야 함에도 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75억 5천만 원에 매수하여 위 공소외 6 등에게 75억 5천만 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다는 주위적 공소사실 및 설령 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2는 위 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 주당 25,000원과 26,960원에 각 매수함으로써 위 공소외 6 등으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 16억 9,200만 원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 58억 5,800만 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다는 예비적 공소사실에 대하여 모두 그 범죄의 증명이 없다고 판단하여, 위 주위적 및 예비적 공소사실을 모두 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

8. 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원 및 2억 원 관련 각 업무상 횡령의 점에 관한 상고이유에 대하여

피고인들이 회사의 비자금을 사용한 사실은 인정하면서도 그 비자금을 회사를 위하여 인출·사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인들이 주장하는 비자금의 사용이 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출(부담)로서 회사가 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 비자금 사용의 구체적인 시기·대상·범위·금액 등에 대한 결정이 객관적·합리적으로 적정하게 이루어졌는지 여부(다만 일반적인 비자금의 조성과정이나 비자금의 성격 등에 비추어 볼 때, 비자금 사용에 관하여 회사 내부규정이 존재하지 않거나 이사회 결의 등을 거치지 아니하였다고 하더라도, 그러한 사정만으로 바로 피고인들의 불법영득의사의 존재가 인정된다고 할 것은 아니다) 등을 비롯하여 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인들의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 할 것이다( 대법원 2009. 2. 26. 선고 2007도4784 판결 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 2가 공소외 7 또는 공소외 8과 공모하여 비자금을 조성한 후 공소외 7로 하여금 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선하여 준 피고인 4와 공소외 10에게 그 알선의 대가로 함께 2억 4천만 원을 지급하게 하고, 공소외 8로 하여금 공소외 1 주식회사가 발행하는 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 인수한 공소외 11 주식회사의 직원인 피고인 3에게 그 인수사례금 명목으로 2억 원을 지급하게 하여 이를 각 횡령하였다는 각 공소사실에 대하여 각 그 범죄의 증거가 없다고 판단하여, 위 각 공소사실을 모두 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈하거나 횡령죄에 있어 불법영득의사에 관한 법리 등을 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

9. 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(횡령)의 점에 관한 상고이유에 대하여

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증에 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 아니한 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유를 들어 피고인 2가 공소외 13에게 지시하여 피해자 공소외 12 주식회사의 회사 자금 합계 17억 5천만 원을 자신의 피고인 1에 대한 개인적인 차용금 변제에 사용하여 이를 횡령하였다는 주위적 공소사실 및 피고인 2가 공소외 13에게 지시하여 피해자 공소외 12 주식회사의 회사 자금 합계 17억 5천만 원을 자신의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 대여하여 이를 횡령하였다는 예비적 공소사실에 대하여 모두 그 범죄의 증거가 없다고 판단하여, 위 주위적 및 예비적 공소사실을 모두 무죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

거기에 상고이유 주장과 같은 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 없다.

10. '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(증재)의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 2가 공소외 8로 하여금 공소외 1 주식회사가 발행하는 50억 원 상당의 신주인수권부사채를 인수한 공소외 11 주식회사의 직원인 피고인 3에게 그 인수사채금 명목으로 2억 원을 지급하게 한 것은 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 공여한 행위에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈하거나 금융기관의 임직원에게 대한 증재죄의 법리 등을 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

11. '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(수재)의 점에 관한 상고이유에 대하여

형법 제52조 제1항에서 말하는 '자수'란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것으로서, 범행이 발각된 후에 수사기관에 자진 출석하여 범죄사실을 자백한 경우도 포함하며, 일단 자수가 성립한 이상 자수의 효력은 확정적으로 발생하고 그 후에 범인이 번복하여 수사기관이나 법정에서 범행을 부인한다고 하여 일단 발생한 자수의 효력이 소멸하는 것은 아니라고 할 것이다.

그러나 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 명백히 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하고, 일단 자수가 성립하지 아니한 이상 그 이후의 수사과정이나 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없다.

또한 '자수'란 위에서 본 바와 같이 범인이 스스로 수사책임이 있는 관서에 자기의 범행을 자발적으로 신고하고 그 처분을 구하는 의사표시이므로, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 아니하고, 나아가 자수는 범인이 수사기관에 의사표시를 함으로써 성립하는 것이므로 내심적 의사만으로는 부족하고 외부로 표시되어야 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2004. 10. 14. 선고 2003도3133 판결 참조). 또한 피고인이 자수하였다 하더라도 자수한 이에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수감경을 하지 아니하였다거나 자수감경 주장에 대하여 판단을 하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다(대법원 2004. 6. 11. 선고 2004도2018 판결 참조).

기록에 의하면, 피고인 3은 수사기관에 자진 출석하여 처음 조사를 받으면서 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것이 아니라 공소외 14로부터 2억 원을 연 5% 정도의 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라며 범죄사실을 부인하다가 제2회 조사를 받으면서 비로소 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 2억 원을 수수하였다고 자백하였음을 알 수 있으므로, 이를 자수라고 할 수 없다.

또한 설령 피고인 3이 자수하였다고 하더라도 자수한 이에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것으로서 원심이 자수의 착오 주장에 대하여 판단하지 아니하였다 하여 위법하다고 할 수 없다.



원심판결에 상고이유 주장과 같이 자수에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

12. '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률' 위반(알선수재)의 점에 관한 상고이유에 대하여

원심은 그 채택 증거들을 종합하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 피고인 4가 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수하도록 알선해 준 대가로 공소외 7로부터 7천만 원을 받은 것은 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수한 행위에 해당한다고 판단하였다.

기록에 비추어 검토하여 보면, 원심의 판단은 정당하여 이를 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 증거의 취사선택이나 사실의 인정에 있어서 자유심증주의의 한계를 일탈한 위법이 있다고 할 수 없다.

13. 배임수재의 점에 관한 상고이유에 대하여

양형부당만을 이유로 한 피고인의 항소를 기각한 항소심판결에 대하여는 피고인이 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법령위반을 이유로 상고할 수 없다( 대법원 1990. 10. 10. 선고 90도1688 판결 등 참조). 또한 형사소송법 제 383조 제4호는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있어 상고이유로 삼을 수 있는 경우를 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건으로 제한하고 있으므로, 이에 해당하지 아니한 사건에 대한 양형부당의 상고이유는 부적법하다( 대법원 2007. 10. 26. 선고 2007도5745 판결 참조).

기록에 의하면, 피고인 5는 원심 재판 진행 중이던 2011. 3. 9. 항소이유 중 사실오인 및 법리오해 주장을 명백히 철회하여 양형부당만을 항소이유로 남겨 두었고, 원심은 피고인 5의 항소를 기각하였음을 알 수 있다.

따라서 원심판결에 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없고, 나아가 피고인 5에 대하여 10년 미만의 형이 선고된 이 사건에서 양형부당의 주장 역시 이를 들어 상고하는 것은 허용되지 아니한다.

14. 결론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이상훈(재판장) 전수안 양창수(주심)