

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)

[서울고법 2005. 6. 22. 2005노138]



【판시사항】

비등록·비상장 법인의 이사들이 전환사채를 발행함에 있어 그와 같은 전환사채의 발행으로 인하여 전환사채의 인수자에게 재산상의 이익을 취득하게 하고 법인에게 동액 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 전환사채 인수계약에서의 전환가격 결정 행위가 임무위배행위에 해당한다거나 이사들에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다고 한 사례

【판결요지】

비등록·비상장 법인의 이사들이 전환사채를 발행함에 있어 그와 같은 전환사채의 발행으로 인하여 전환사채의 인수자에게 재산상의 이익을 취득하게 하고 법인에게 동액 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 전환사채 인수계약에서의 전환가격 결정 행위가 임무위배행위에 해당한다거나 이사들에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다고 한 사례.

【참조조문】

형법 제355조 제2항, 제356조, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 3인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 이기동

【변 호 인】 법무법인 아람 담당변호사 조준상 외 3인

【원심판결】 서울중앙지법 2004. 12. 24. 선고 2004고합908 판결

【주문】

】

원심판결을 모두 파기한다.

피고인들은 각 무죄.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1

(1) 사실오인 또는 법리오해

첫째, 피고인이 2000. 7. 25. 주식회사 에이스디지털(이하 '이 사건 회사'라 한다)의 대표이사로서 한국기술투자 주식회사(이하 '한국기술투자'라고만 한다)와 체결한 전환사채인수계약(이하 '이 사건 계약'이라 한다)의 전환가격

22,000원은 당시 이 사건 회사의 주식가치에 비추어 볼 때 적절한 가격이었기 때문에 피고인이 위 계약을 체결함으로써 이 사건 회사에 대하여 손해를 가한 사실이 없다.

둘째, 피고인은 이 사건 계약을 체결함에 있어 개인적인 이득을 취하거나 계약 상대방에게 부당한 이득을 줄 의도가 없었으며, 당시 이 사건 회사의 경영환경, 신규 자금의 필요성 등 계약 체결에 필요한 정보를 바탕으로 한 경영상의 판단에 의하여 이 사건 계약을 체결한 것이므로, 배임의 고의가 없었다.

셋째, 피고인은 피고인 4가 이 사건 계약을 체결함에 있어 마련한 투자계획을 전혀 알지 못하였기 때문에, 위 피고인과 공모하여 이 사건 계약을 체결한 것이 아니다.

(2) 양형부당

원심이 피고인에 대하여 선고한 형(징역 2년에 집행유예 3년)이 너무 무거워서 부당하다.

나. 피고인 2, 피고인 3

(1) 사실오인

피고인들은 모두 이 사건 회사의 평이사들로서 이 사건 계약의 체결을 위한 업무에 직접 관여하거나 사전에 배임행위를 공모한 사실이 없으며, 오로지 이 사건 계약의 내용이 이 사건 회사에 이익이 되고 전환가격 역시 적정하다는 판단 아래 이사회 결의시 찬성한 것에 불과하므로 배임의 고의가 없었다.

(2) 양형부당

원심이 피고인들에 대하여 선고한 형(피고인 2에 대하여 징역 1년에 집행유예 2년, 피고인 3에 대하여 벌금 1,000만 원)이 모두 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 4

(1) 사실오인

첫째, 이 사건 계약의 전환가격은 이 사건 회사 주식의 객관적 교환가치와 비교할 때 적절한 것이었으며, 이 사건 계약의 여러 조건과 이 사건 회사의 당시 경영환경에 비추어 볼 때 이 사건 계약을 체결함으로써 이 사건 회사에 손해를 가하였다고 할 수 없다.

둘째, 피고인이 이 사건 계약을 체결함에 있어 상피고인들과 배임행위를 공모하거나 상피고인들에게 계약체결을 강요한 사실이 없다.

(2) 양형부당

원심이 피고인에 대하여 선고한 형(징역 2년에 집행유예 3년)이 너무 무거워서 부당하다.

라. 검 사

(1) 사실오인 또는 법리오해

원심은 이 사건 계약 당시 이 사건 회사 주식의 시가가 주당 43,000원에 이르렀다는 점을 인정할 증거가 없어 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분은 무죄라는 취지로 판단하였으나, 당시 이 사건 회사 주식의 객관적 교환가치를 산출할 수 있을 만한 충분한 주식 거래가 있었던 점에 비추어 보면, 원심은 이 사건 계약으로 인한 재산상 이득 내지 손해액과 관련하여 사실을 오인하거나 채증법칙에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형은 모두 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 공소사실의 요지

피고인들에 대한 이 사건 공소사실의 요지는 다음과 같다.

피고인 1은 이 사건 회사의 대표이사, 피고인 2, 피고인 3은 각 이사, 피고인 4는 한국기술투자의 대표이사 및 회장으로 재직하던 자인바,

이 사건 회사는 2000. 3. 16. 한국증권업협회 코스닥운영위원회에 코스닥 등록을 위한 예비심사를 청구하여 같은 해 5. 10. 그 예비심사를 통과하였으나, 그 무렵 대주주인 주식회사 새한(이하 '새한'이라고만 한다)의 경영난으로 인하여 채권 금융기관에 의한 기업구조개선작업(Work-Out)이 추진되는 바람에 이 사건 회사의 코스닥 등록이 보류되고, 새한은 채권 금융기관에 요구에 따라 보유하고 있던 이 사건 회사 주식을 처분하게 되었는데, 이와 같은 정보를 입수한 피고인 4는 새한으로부터 직접 위 주식을 매수하거나 장외시장에서 이 사건 회사 주식을 매집하는 방법으로 이 사건 회사의 대주주 지위를 얻는 한편, 그와 같은 대주주의 지위를 이용하여 피고인 1에게 이 사건 회사 명의의 전환사채를 발행하되 그 전환가격은 시세보다 훨씬 낮은 가격으로 정하도록 적극 요구하여 한국기술투자가 이를 모두 인수하도록 한 후, 이 사건 회사를 조기에 코스닥시장에 등록함과 아울러 전환사채를 주식으로 전환하여 이를 일괄하여 처분하는 방법으로 막대한 시세차익을 남기는 내용의 투자계획을 정한 다음,

2000. 7. 초순경 피고인 4의 지시를 받은 한국기술투자 직원 공소외 33이 새한의 전략기획실 과장 공소외 34와 사이에 이 사건 회사 주식 308,000주를 주당 59,000원에 매입하기로 약정하고, 이와는 별도로 위 공소외 34를 통하여 장외 시장에서 제3자로부터 이 사건 회사 주식 182,000주를 주당 47,500원에 추가 매입하여 대주주의 지위를 확보하는 한편, 피고인 1에게는 한국기술투자가 새한이 보유하고 있던 이 사건 회사 주식을 매수하여 대주주가 될 것임을 고지하면서, 한국기술투자의 이 사건 회사에 대한 자산실사가 끝나기 이전에 100억 원 상당의 전환사채를 전환가격 22,000원에 제3자 배정방식으로 한국기술투자에 발행하여 줄 것을 적극적으로 요구하게 되었는데,

이러한 경우 이 사건 회사의 대표이사 또는 이사인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3으로서는 전환사채 발행을 위해 필요한 내부 절차를 준수하는 한편, 그 무렵 에이스디지털 주식이 거래된 실례가 있는지 여부, 거래의 내용과 거래가격, 회사의 자산가치 및 성장가능성 등을 고려하여 이 사건 회사 주식의 실제 가치를 평가하고, 이에 한국기술투자가 이 사건 전환사채를 인수함으로써 얻는 경영권에 대한 프리미엄을 함께 고려하여 적절한 전환가격을 산정하여야 하고, 이를 기초로 전환사채 발행 총액을 결정함으로써 가능한 최대한의 자금이 이 사건 회사에 인수대금으로 납입되도록 하여 자본충실을 기하는 등 에이스디지털을 위하여 사무를 처리하여야 할 업무상 임무가 있음에도, 그 임무에 위배하여,

2000. 7. 하순경 이 사건 회사 대표이사 사무실에서 이사회를 개최하여 이 사건 계약 체결에 관하여 논의함에 있어, 위 계약 체결에 필요한 사항을 충분히 검토하지 않은 채 막연히 한국기술투자 직원 공소외 33으로부터 22,000원을 전환가격으로 하여 전환사채 100억 원을 제3자 배정방식으로 발행해 달라는 요구를 아무런 흥정 과정 없이 그대로 수용하여, 이 사건 회사 주식의 실거래가격으로서 최저가격인 43,000원보다 현저하게 낮은 가격인 22,000원을 전환가격으로, 이자율은 연 3%로, 전환기간은 사채발행일로부터 상환기일 1개월 전까지로 각 정하여 전환사채 발행을 의결하면서 이사회 회의록은 7. 12. 이사회가 개최된 것처럼 소급하여 작성한 다음, 7. 25. 한국기술투자와 위와 같은

내용의 이 사건 계약을 체결하고, 한국기술투자자로 하여금 같은 날 전환사채 인수대금 전액을 납입하게 하였는바, 결국 피고인들은 공모하여 이 사건 계약을 체결함으로써 한국기술투자자로 하여금 9,545,445,000원(= (주당 최저 거래가격 43,000원 - 전환가격 22,000원) × 전환 가능 주식수 454,545원) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 이 사건 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나. 원심의 판단

원심은 관련 증거에 의하여 인정되는 사실관계를 바탕으로 하여, 이 사건 계약 당시 이 사건 회사 주식의 시가가 43,000원 이상이라고 단정하기 어렵고, 그 무렵 주식의 시가를 산정할만한 정상적인 거래의 구체적인 사례를 찾기도 어려우며, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 이 사건 회사 주식의 시가가 43,000원에 이른다고 인식하였다고 볼 수 없다고 판단하면서도, 이 사건 회사가 코스닥 등록을 준비하지 않았을 때인 1999. 12.경 새한이 투자기관에 처분한 이 사건 회사 주식의 거래가격이 28,500원인 점, 그 이후 이 사건 계약 시점까지 이 사건 회사의 영업실적이 호전되어 주식의 가치가 증가한 점, 코스닥 등록 추진시 주관사인 삼성증권 주식회사(이하 '삼성증권'이라고만 한다)가 산정한 주식공모예정가격이 22,000원인데 그 후 이 사건 회사의 영업실적이 호전되어 피고인 1을 비롯한 경영진들이 공모예정가격을 25,000원으로 상향하여 줄 것을 희망하기도 했던 점, 한국기술투자가 새한으로부터 이 사건 회사 주식을 주당 59,000원에 매수함에 있어 이 사건 전환사채를 저가로 인수할 것을 계획하였는데 피고인 1이 이를 잘 알고 있었던 점 등의 사정을 종합하면, 피고인들이 순차 공모하여 이 사건 전환사채의 전환가격을 정함에 있어 이 사건 회사 주식의 시가에 대한 추가적인 조사, 전환가격에 대한 이의 제기나 실질적인 흥정 등을 하여야 할 임무를 위배하여 이 사건 회사 주식의 시가가 22,000원보다는 훨씬 높다는 사실을 알면서도 22,000원을 전환가격으로 하여 100억 원 규모의 전환사채를 인수하는 것을 내용으로 하는 이 사건 계약을 체결함으로써, 그 인수자인 한국기술투자자로 하여금 이 사건 회사 주식의 시가와 전환가격의 차액 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 이 사건 회사에게 동액 상당의 손해를 가하였다고 인정하여, 이 사건 공소사실에 대한 공소장 변경절차 없이 업무상배임 부분에 대하여는 유죄로 판단하고, 당초 공소사실인 이득액 50억 원 이상의 업무상배임에 의한 특정경제범죄가중처벌등에관한 법률위반(배임) 부분에 대하여는 무죄로 판단하였다.

다.

이 법원의 판단

(1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 이 사건 전환사채인수계약의 체결 경위 및 그 후의 경과

이 사건 회사는 엘씨디(LCD)용 편광필름 및 관련 제품의 제조, 가공, 판매 및 수출입업을 영위하는 주식회사로서, 1995. 8. 24.경 새한그룹에 편입된 후 주식회사 새한에이캠이라는 상호를 사용하다가 2000. 3. 7. 주식회사 에이스디지털로 그 상호를 변경하였다.

이 사건 회사는 1999년경부터 코스닥시장 등록을 추진하였는데, 2000. 1.경 그 등록업무를 주관하는 증권회사를 삼성증권으로 정하여 그 등록업무를 수행하도록 하였고, 삼성증권은 2000. 3. 16. 한국증권업협회에 이 사건 회사에 대한 등록예비심사청구서를 제출하였는데, 위 협회는 2000. 5. 10.경 공모 후 소정의 주식분산요건을 갖추는 것을 조건으로 하여 이 사건 회사에 대한 등록예비심사를 통과시켰다.

삼성증권은 위와 같은 절차의 준비로서 2000. 1. 10.경부터 같은 해 4. 24.경까지 이 사건 회사에 대한 실사를 거쳐 주식의 주당 본질가치를 15,628원(주당 자산가치 8,498원, 주당 수익가치 20,382원을 1 대 1.5로 가중 평균한 금액)으로 계산한 다음, 이 본질가치와 삼성증권 리서치센터에서 제시한 적정공모가격 19,000원(코스닥 등록 후 적정주가 27,200원에서 30% 할인된 금액), 이 사건 회사가 제시한 희망공모가격 25,000원 등을 감안하여 주식공모예정가격을 22,000원으로 정하였으며, 이 사건 회사는 2000. 6.경 코스닥 등록과 함께 일반공모를 통하여 주식분산요건을 갖추어 예정이었다.

그런데 새한이 부도 위기에 직면하여 기업구조개선작업을 신청하자 코스닥운용위원회는 2000. 5. 26.경 이 사건 회사에 모기업인 새한에 대한 우발채무가 있을 수도 있고, 경영권이 불안정하다는 이유를 들어 코스닥 등록을 장기 보류함으로써, 사실상 이 사건 회사는 코스닥 등록에 실패하게 되었다.

이 무렵 한국기술투자의 구조조정사업본부 부장으로 근무하던 공소외 1은 이 사건 회사의 코스닥 등록이 보류되고 새한이 채권 금융기관의 요구에 따라 이 사건 회사 주식 보유분을 처분하려 한다는 소식을 듣고서, 이 사건 회사에 대한 투자계획을 준비하여 2000. 6. 말경 한국기술투자의 대표이사인 피고인 4의 결재를 받았고, 위 투자계획은 2000. 7. 3. 한국기술투자 운영위원회의 의결을 거쳐 승인됨으로써 확정되었다.

위 투자계획에 따르면, 한국기술투자 주식회사 리스트럭처링펀드 1호 기업구조조정조합(한국기술투자가 투자자를 모집하여 설립한 투자조합인데, 한국기술투자가 업무집행조합원으로서 조합의 투자업무를 총괄하였다, 이하 '투자조합'이라 한다)은 새한이 보유하고 있는 이 사건 회사 주식 308,000주와 기타 기관 보유분 200,000주, 합계 508,000주를 주당 60,000원에 매입하고, 전환사채 200,000주를 전환가격 25,000원에 인수하여 총 35,480,000,000원(주당 평균 50,113원)을 투자하는 방법으로 이 사건 회사의 소유지분 50% 이상을 취득한 다음, 2001년 초에 이 사건 회사의 코스닥 등록을 추진하여 2001년 내지 2002년경에 코스닥 등록 후 전략적 투자자에게 경영권을 인도하고, 전환사채는 필요시 기관에 조기 매각하는 방법으로 투자금을 회수할 예정이었다.

위 공소외 1은 피고인 4의 지시에 따라 새한의 실무자인 공소외 2와 협상을 거쳐 새한의 주식 보유분을 최대주주의 경영권 프리미엄을 덧붙여 주당 59,000원에 매수하기로 하였고, 새한을 경영관리 중이던 채권은행은 이를 승인하였다.

이와 아울러 공소외 1은 피고인 1에게도 투자조합이 새한으로부터 주식을 매수하여 최대주주가 될 것이라는 사실을 알리면서 한국기술투자에 전환가격을 22,000원으로 하여 50억 원 상당의 전환사채를 발행하여 줄 것을 요구하였는데, 피고인 1은 별다른 이의 없이 이를 수용하였다.

한국기술투자의 대표이사인 피고인 4는 2000. 7. 14. 새한의 대표이사와 사이에 새한이 보유하고 있는 이 사건 회사 주식 308,000주를 투자조합에 주당 59,000원에 양도하고, 이 사건 회사의 경영진과 합의하에 계약완결일(잔금지급일) 전까지 이 사건 회사로 하여금 투자조합 또는 그가 지정하는 자에게 '전환가액 22,000원, 연이율 3%, 발행금액 50억 원, 전환청구기간 발행일로부터 만기 1개월 전까지'의 조건으로 전환사채를 발행하도록 한다는 취지의 주식양수도 계약서를 작성하였고, 피고인 1은 위 전환사채 발행 약정의 확인자로서 위 계약서에 날인하였다.

공소외 1은 새한과의 협상을 진행하면서 다른 투자기관이 보유하고 있던 이 사건 회사 주식도 매입하기 위하여 자신이 새한 외에 이 사건 회사의 주주로 유일하게 알고 있던 '코리아벌처투자'측과 주식 매각에 관한 협상을 하였으나, 코리아벌처투자가 새한과의 거래가격과 같은 가격을 요구하여 투자계획의 수익성이 지나치게 떨어지게 되자 그 사정을 새한의 주식 매각을 담당하던 공소외 2에게 말하였고, 공소외 2는 자신이 이 사건 회사의 주주현황을 잘 알고 있다면서 대신 주식을 매집하여 주기로 하였다.

공소외 2는 이 사건 회사 주식을 보유하고 있는 투자기관들과 매매조건을 협상한 후 2000. 7. 10.경 공소외 3 명의로 '아주기술투자'가 보유하고 있는 이 사건 회사 주식 8,498주를 주당 43,000원에 인수하는 등 그 무렵 대여섯 개 투자기관으로부터 182,000주를 공소외 3 명의로 주당 43,000원 정도에 매입하였고, 위 공소외 2, 공소외 3은 이를 투자조합에게 주당 47,500원에 매도하였다.

이로써 투자조합은 주식 490,000주(= 새한 보유분 308,000주 + 기타 투자기관 보유분 182,000주)를 취득하여 이 사건 회사 주식 중 40.8%를 보유하게 되는 최대주주가 되었고, 2000. 8. 7. 위 주식양수도계약에 따른 잔금 지급을 완료함으로써 이 사건 회사의 최대주주가 새한에서 투자조합으로 변경되었다.

피고인 4는 새한과 사이에 위와 같은 주식양수도계약을 체결한 후 한국기술투자 운영위원회의 의결을 거쳐 이 사건 회사로부터 인수할 전환사채의 총 인수금액을 당초 50억 원에서 100억 원으로, 전환사채의 인수자를 투자조합에서 한국기술투자로 바꾸는 것을 내용으로 하는 새로운 투자계획을 확정지음으로써, 종전의 투자계획을 변경하였다.

피고인 1은 위와 같이 변경된 투자계획 역시 아무런 이의 없이 수용하였고, 이 사건 계약 체결 직전인 2000. 7. 하순경 이사회를 개최하여 참석 이사들인 피고인 2, 피고인 3에게 한국기술투자와 합의한 전환사채 발행내용을 설명하였다.

당시 재무담당 이사이던 피고인 2는 "전환가격이 적어도 25,000원은 되어야 한다.

"고 하는 의견을 제시하였으나, 피고인 1은 한국기술투자측과 사이에 합의가 이루어진 경위를 설명하며 "전환가격 22,000원은 이미 삼성증권이 기업실사 후 제시한 공모예정가격과 같으므로 이미 합의된 22,000원으로 전환가격을 정하자."고 설득하였고, 결국 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1의 의견을 좇아 '100억 원 상당의 전환사채를 발행하여 제3자 인수방식에 따라 한국기술투자로 하여금 이를 모두 인수하도록 하되, 그 구체적인 발행 조건은 이자율 연 3%, 전환가격 22,000원, 전환기간 발행일로부터 만기일 1개월 전까지로 하는 내용'의 이사회 안건을 상정하고 이에 모두 찬성함으로써, 위 안건은 이사들 전원의 찬성으로 결의되었다.

피고인 1은 2000. 7. 25.경 위 이사회 결의에 따라 '한국기술투자가 100억 원 상당의 전환사채를 인수하고 전환가격은 22,000원으로 한다.

'는 내용의 이 사건 계약을 체결하였고, 같은 날 한국기술투자는 전환사채 발행대금 전액을 납입함으로써 이 사건 전환사채를 모두 인수하였다.

피고인 4는 2000. 7. 14.자 새한과의 주식양수도계약 체결 직후 이 사건 회사에 공소외 4를 관리이사로 파견하여 이 사건 회사의 경영에 관여하고 있었는데, 공소외 4가 이 사건 계약 체결 이후 피고인 1, 피고인 2에게 "한국기술투자가 이미 새한과 주식매매계약을 체결하여 사실상 대주주의 위치에 있었기 때문에 한국기술투자가 제3자의 위치에서

위 전환사채를 배정 받은 것으로 하려면 위 주식매매계약 체결일 이전에 이사회 결의가 이루어진 것으로 서류를 작성하여야 한다"고 하자, 피고인 1, 피고인 2는 그 의견에 따라 위 이사회가 2000. 7. 12.자로 개최된 것처럼 이사회 의사록을 소급하여 작성하였다.

그 후 이 사건 계약의 내용을 알게 된 이 사건 회사의 소액주주들이 위 전환사채가 그대로 주식으로 전환될 경우 주가 하락이 초래될 것이라고 항의하였고, 투자조합의 다른 조합원들도 한국기술투자의 전환사채가 조기에 전환될 경우 투자조합의 이 사건 회사 주식 보유분의 가치가 저하될 것이 우려된다며 한국기술투자가 전환사채를 인수한 것에 대하여 항의하자, 피고인 4는 피고인 1과 합의하여 '전환사채 발행일부터 30개월이 경과하기 전까지는 이 사건 회사의 동의 없이 전환사채 및 그 전환사채로부터 전환된 주식을 처분할 수 없다.

'는 처분제한 규정을 두기로 하고, 2000. 7. 25.자 전환사채인수계약서에 위 규정을 삽입하였다.

피고인 4는 공소외 4를 통하여 피고인 1에게 한국기술투자가 납입한 전환사채 대금 100억 원을 '리젠트금융'이라는 종금사에 예금하도록 지시한 후, 2000. 8. 29.경 피고인 4가 지배하는 회사인 주송 주식회사의 명의로 위 리젠트금융으로부터 150억 원을 대출 받음에 있어 위 100억 원의 예금채권을 담보로 제공하였는데, 나중에 이와 같은 불법행위가 적발되어 기소된 후 2002. 9. 3. 서울고등법원으로부터 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등으로 징역 3년, 집행유예 5년을 선고받았다.

피고인 4는 2001. 1.경 피고인 1을 이 사건 회사의 대표이사에서 해임하고, 2001. 2. 12.자로 그 후임에 한국기술투자의 구조조정본부장이던 공소외 5를 임명하였다.

이 사건 회사는 2001. 2. 15.경 코스닥 등록을 위한 예비심사를 다시 청구하였고, 이 과정에서 이 사건 계약상의 처분제한 규정이 코스닥 등록에 장애사유로 문제가 되자 2001. 2. 28. 전환사채 임의처분에 관한 동의서를 한국증권업협회에 제출하였으며, 이로써 위 처분제한 규정은 폐기되었다.

한국기술투자는 2001. 8.경 투자조합과의 자산교환시 이 사건 전환사채 중 70억 원 상당을 투자조합에 취득가격으로 인계하였고, 투자조합은 2002. 7. 26.경 오성엘에스티 주식회사에 이 사건 회사의 경영권을 매각하면서 보유하고 있던 전환사채를 함께 양도하였다.

그 후 이 사건 회사는 2003. 1. 7. 성공적으로 코스닥에 등록되었고, 같은 달 8. 이 사건 계약으로 발행되었던 전환사채는 모두 주식으로 전환되었다.

(나) 이 사건 회사 주식의 거래현황

새한은 본래 이 사건 회사의 주식 1,200,000주 전체를 보유하고 있다가 구조조정작업의 일환으로 이를 처분하기로 하여 컨설팅회사인 '아더앤더슨코리아'에 시장조사를 의뢰하는 등의 절차를 거쳐 1999. 12. 29. 코리아벌처투자 등 11개 투자회사에게 이 사건 주식 중 118,000주를 제외한 1,082,000주(이 사건 회사 발행주식의 90.2%)를 주당 28,500원에 처분하였는데, 그 중 720,000주(코리아벌처투자에 매각한 300,000주, 아주기술투자에 매각한 240,000주, '큐캐피탈'에 매각한 120,000주, '중앙창업투자'에 매각한 60,000주)는 거래당사자 중 일방이 6개월 내에 협의를 거쳐 환매를 청구할 수 있는 조건을 붙여 매각하였다.

위와 같이 매각된 이 사건 회사 주식은 이 무렵부터 투자회사를 거쳐 일반인들에게 분산 매각되면서 시중에 유통되기 시작하였고, 일반 투자자들이 이 사건 회사의 코스닥 등록을 예상하여 위 주식을 적극 매입함에 따라 점차 주식의

거래량과 거래가격이 상승하여 2000. 5.경에는 주당 50,000원 내지 80,000원 사이의 가격으로 거래되기도 하였다. 이에 따라 코리아벌처투자의 경우는 2000. 2. 중순경부터 위 주식 300,000주를 일반 투자자들에게 주당 50,000원 내외의 가격으로 매각함으로써 큰 이익을 거두기도 하였다.

새한은 위 환매 조건에 따라 2000. 2. 23.경 아주기술투자로부터 180,000주, 그 무렵 큐캐피탈로부터 120,000주, 중앙창업투자로부터 60,000주, 합계 360,000주를 당초 판매가격에서 그 동안의 배당, 이자 등을 감안하여 조정한 금액(가령, 아주기술투자의 경우에는 주당 27,500원)으로 환매하였고, 코리아벌처투자는 300,000주 전부에 대하여, 아주기술투자는 나머지 60,000주에 대하여 환매에 응하지 않았다.

새한은 환매한 360,000주 중 170,000주를 다시 개인 투자자에게 매각함으로써(새한은 2000. 2. 23. 공소외 6의 명의를 차용한 공소외 7에게 50,000주를 주당 32,000원에 매각하였고, 공소외 8에게 2000. 2. 23. 50,000주를, 2000. 2. 28. 30,000주를 각 주당 32,000원에 매각하였으며, 2000. 2. 25. 공소외 9에게 15,000주를, 공소외 10에게 25,000주를 각 주당 28,500원에 매각하였다), 결국 본래 매각대상에서 제외되었던 118,000주에다가 환매하여 보유하게 된 190,000주를 합친 308,000주(25.7%)를 보유하게 되었다.

'세종증권'의 차장이던 공소외 11은 2000. 2. 23. 코스닥 등록에 대한 말을 듣고 '한양증권'의 공소외 12로부터 10,000주를 주당 36,000원에 매입하였고, 공소외 13은 2000. 2. 말경 한양증권의 공소외 8, 공소외 12를 통하여 공소외 14 등과 함께 12,500주를 주당 42,000원 상당에 매입하였다.

아주기술투자는 2000. 2. 25. 공소외 15에게 10,000주를 주당 45,000원에, 2000. 2. 28. 공소외 16에게 10,000주를 주당 45,000원에, 2000. 3. 3. 공소외 17에게 10,000주를 주당 45,000원에, 2000. 3. 10. 공소외 17에게 10,000주를 주당 50,000원에, 2000. 3. 10. 공소외 18에게 10,000주를 주당 46,000원에 각 매각하였다.

공소외 19는 2000. 3.경 이 사건 회사의 코스닥 등록 추진에 관한 소문을 듣고 '동원증권'지점장 소개로 600주를 68,000원에 매입하였다.

공소외 20은 2000. 3. 3.경 공소외 21로부터 1,300주를 주당 60,000원에 매입하였다.

공소외 22는 2000. 3. 14.경 코스닥 등록에 대한 소문을 듣고 증권회사 직원 소개로 '서울창업투자'로부터 1,000주를 주당 60,000원에 매입하였다.

공소외 23은 2000. 2.경 코스닥 등록에 대한 소문을 듣고 2,000주를 주당 43,000원에 매입하였고, 2000. 10. 25.경부터 2000. 11. 25.경까지 사이에 2만 7,000주를 주당 약 5,800원(이 사건 회사는 2000. 10. 24.경 주식분할을 통하여 주식 액면을 5,000원에서 500원으로 줄이고, 주식총수를 120만 주에서 1,200만 주로 늘렸으므로 이를 주식 액면 5,000원을 기준으로 한다면 2,700주를 주당 약 58,000원에 매입한 셈이 된다)에 매입하였다.

공소외 24는 2000. 3. 14. 코스닥 등록에 대한 소문을 듣고 200,000주를 주당 52,000원에 매입하였다.

공소외 25는 2000. 3.경 및 4.경 코스닥 등록에 대한 말을 듣고 수회에 걸쳐 10,000주를 주당 54,000원, 57,000원, 62,000원, 72,000원 등에 매입하였다.

아주기술투자는 임직원에게 대한 인센티브 명목으로 2000. 4. 4.경 공소외 26에게 751주를 21,396,375원(주당 28,490원)에, 공소외 27에게 614주를 17,506,125원(주당 28,511원)에, 공소외 28에게 68주를 1,923,750원(주당 28,290원)에,

공소외 29에게 41주를 1,154,250원(주당 28,152원)에, 공소외 30, 공소외 31에게 각 14주를 384,750원(주당 27,482원)에 각 매도하였다.

그런데 이 사건 회사는 2000. 5. 26. 코스닥 등록에 실패하였고, 이에 따라 이 사건 회사 주식은 거래가 급격히 위축되어 2000. 7.경에는 거래가 별로 이루어지지 않았다.

(2) 업무상배임죄 성립요건

업무상배임죄는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 것이다.

이 사건 공소사실은 피고인들이 공모하여, 전환사채를 발행함에 있어 주식회사의 기관인 대표이사 및 이사들에게 요구되는 임무를 위배함으로써 제3자인 한국기술투자자로 하여금 이 사건 회사의 주식의 시가와 전환가격의 차액에 상당하는 재산상 이익을 취득하게 하고 이 사건 회사에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 것이므로, 아래에서는 피고인들의 행위로 인하여 이 사건 회사에 손해가 발생하였는지 여부, 이 사건 회사의 기관인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 임무위배행위를 하였는지 여부, 피고인 4가 상피고인들의 임무위배행위에 공모, 가담하였는지 여부에 관하여 차례로 살펴보기로 한다.

(3) 이 사건 계약으로 인하여 이 사건 회사에 손해가 발생하였는지 여부

(가) 업무상배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라, 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되며, 일반적으로 이 사건 회사와 같은 비등록, 비상장 법인의 대표이사가 그 법인 주식의 시가보다 현저히 낮은 금액을 전환가격으로 한 전환사채를 발행하여 제3자에게 인수하게 하는 경우에는, 전환사채 인수자가 주식의 시가와 전환가격의 차액 상당의 재산상의 이익을 취득하고 법인은 동액 상당의 손해를 입는다고 볼 것이므로(대법원 2001. 9. 28. 선고 2001도3191 판결 참조), 우선 이 사건 계약 당시 이 사건 회사 주식의 시가가 얼마였는지에 관하여 먼저 살펴본다.

(나) 일반적으로 비상장주식은 공개된 시장에서 거래되는 것이 아니기 때문에 그 시가를 산정하기 곤란한 경우가 많은 것이지만, 만약 비상장주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 참조). 그러면, 이 사건 회사의 경우 회사 주식의 객관적 교환가치를 적정하게 반영한 정상적인 거래의 실례가 있었는지의 점부터 본다.

앞서 인정한 사실관계에 의하면, 이 사건 회사의 주식은 대주주인 새한이 1999. 12. 29.경 투자기관에 보유 주식을 처분하기 시작하면서부터 일반 거래계에서 유통되기 시작하였는데, 이 사건 회사가 코스닥 등록신청을 하였다는 소문이 퍼지면서 그 주식 거래량과 거래가격이 급격히 상승하는 등 장외시장에서의 활발한 거래가 있다가, 대주주인 새한이 금융기관 주도의 기업구조개선작업에 들어가고 그로 인하여 2000. 5. 26.경 이 사건 회사의 코스닥 등록이 무산된 후에는 이 사건 계약이 체결될 무렵까지 별다른 주식의 거래가 없었던 점, 그 후 투자조합의 업무집행조합원인 한국기술투자가 이 사건 회사에 대한 경영권 획득을 위하여 2000. 7. 14. 새한이 보유하고 있던 이 사건 회사의 잔여 주식 308,000주를 주당 59,000원에 매입하고 같은 달 26.경 장외시장에서 182,000주를 주당 47,500원에 추가로 매입한 점을 알 수 있다.

그런데 이 사건 회사가 코스닥 등록에 실패함으로써 자금조달계획이 무산되고 대주주의 부도로 인하여 영업력이 매우 악화될 위기에 처하였기 때문에 경영환경이 크게 악화된 점, 일반적으로 코스닥 등록 직전에 이루어지는 거래들은 코스닥 등록 후 회사의 주가가 급상승하는 점을 염두에 두고 행해지는데 이 사건 회사가 코스닥 등록에 실패하였기 때문에 투자환경에도 현격한 변화가 있었다는 점, 특히 장외시장에서 이루어진 거래들의 거래가격은 대부분 투자기관들의 거래가격과 큰 차이를 보이고 있고 비슷한 시점에 이루어진 거래들 사이에서도 그 가격의 편차가 심한 점으로 미루어 위와 같은 거래들은 당시 이른바 코스닥 열풍에 편승하여 이루어진 투기적 성격이 강한 거래였거나 이 사건 회사의 기업가치에 관한 객관적인 정보에 기초하지 않은 상태에서 이루어진 거래라고 보이는 점 등에 비추어 보면, 2000. 5. 26. 이전에 발생한 이 사건 회사 주식의 거래들은 모두 이 사건 계약 체결 무렵의 이 사건 회사 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 거래의 실례가 된다고 보기는 어렵다고 판단된다.

한편, 한국기술투자가 2000. 7. 14. 투자조합의 업무집행조합원의 자격으로 새한으로부터 이 사건 회사 주식 308,000주를 매수하면서 정한 주당 59,000원의 거래가격은, 당시 위 주식의 이 사건 회사의 경영권 획득에 필요한 주식이었기 때문에 주식의 객관적 교환가치에 이른바 경영권 프리미엄이 더해진 것으로 보이는바, 통상 경영권 프리미엄이 본래 주식 시세의 80% 내지 300%에 이른다는 점을 감안하면, 위 거래가격 역시 당시 이 사건 회사 주식의 객관적인 교환가치를 반영하고 있는 것이라 보기 어렵다.

그리고 한국기술투자가 이 사건 계약 체결 무렵 주식 매집을 의뢰했던 공소외 3으로부터 이 사건 회사 주식 182,000주를 매입하면서 정한 주당 47,500원의 거래가격에 관하여는, 위 가격에는 공소외 2에 대한 수수료인 주당 4,500원이 포함되어있기 때문에 실제 위 주식의 취득가격은 주당 43,000원인 점, 당시 공소외 3에게 위 주식을 매도한 투자회사들이 이미 한국기술투자가 새한으로부터 주당 59,000원에 이 사건 회사 주식을 매수하였다는 정보를 입수하고 당시 시가보다 높은 가격에 보유 주식을 매도하려 했을 것이라는 점, 위 주식 역시 투자조합의 안정적인 최대주주 지분을 유지하기 위하여 반드시 필요한 주식이었기 때문에 한국기술투자로서는 당초 세웠던 투자계획을 그대로 추진하기 위해서는 매도인에게 이 사건 회사 주식의 객관적 교환가치 이상의 대가를 지불하는 것은 물론 주식을 매집한 자에게 수수료까지 지급해서라도 이를 매수할 필요가 있었던 점 등의 사정들을 고려해 보면, 위 거래가격 또한 당시 이 사건 회사 주식의 객관적 교환가치를 반영하고 있는 것이라 할 수 없다.

그렇다면 결국 이 사건 계약 체결을 전후하여 이루어진 위 거래들은 이 사건 계약 당시 이 사건 회사 주식의 객관적인 교환가치를 반영하는 정상적인 거래의 실례로 삼기 어렵다 할 것이다.

(다) 그렇다면 나아가, 이 사건 전환가격 22,000원이 이 사건 회사 주식의 시가보다 현저히 낮은 금액으로 정해진 것인지 여부에 관하여 살펴본다.

피고인들은 모두 위 전환가격은 이 사건 회사가 2000. 5.경 코스닥 등록을 준비할 무렵 주관사인 삼성증권이 정한 공모 예정가격과 같은 금액으로서 제3의 공정한 기관에서 이 사건 계약을 체결하기 직전에 산출한 것이므로 이 사건 회사 주식의 시가와 크게 다르지 않은 것이라고 주장한다.

앞서 인정한 바와 같이, 삼성증권이 정한 공모예정가격 22,000원은 위 회사가 2000. 1. 10.경부터 같은 해 4. 24.경까지 이 사건 회사에 대한 기업실사를 거쳐 주당 본질가치를 15,628원으로 평가한 다음, 삼성증권 리서치센터에서 제시한 적정공모가 19,000원과 이 사건 회사가 제시한 희망공모가격 25,000원을 감안하여 정한 가격이다.

한편, 당시 코스닥 등록에 관한 절차에 따르면, 주관사인 증권회사는 회사가 코스닥에 등록된 후 회사의 주가가 공모예정가격 이하로 하락할 경우 당해 회사의 주식을 매입하는 방법 등으로 주가를 공모예정가격 이상으로 유지하여야 할 의무, 즉 시장조성의무를 부담하게 되는데, 일반적으로 이러한 주관사의 의무는 주관사의 수익에 불리한 영향을 미치게 되므로 주관사는 코스닥 등록 후 예상되는 적정주가보다 약간 낮은 금액으로 공모예정가격을 정함으로써 자신들의 위험을 회피하려 할 것으로 여겨진다.

원심 증인 공소외 32의 증언에 의하더라도, 이러한 공모예정가격은 코스닥 등록 후 예상되는 적정주가를 약 30% 정도 할인한 가격으로 정하는 것이 통상적인 관행이고, 이 사건 회사의 코스닥 등록 준비 과정에서 이러한 관행에 따라 공모예정가격이 정해졌다는 점을 인정할 수 있는바, 이에 따르면 당초 삼성증권은 이 사건 회사가 코스닥에 등록된 후의 적정주가를 적게는 27,000원에서 많게는 32,000원 정도로 예상한 것이 아닌가 생각된다.

그런데 삼성증권이 공모예정가격의 결정내용이 포함된 검토보고서를 제출할 무렵인 2000. 5. 무렵은 이 사건 회사가 코스닥운영위원회의 코스닥 등록 예비심사를 마치기 직전으로서 이 사건 회사에 대한 투자자들의 기대치가 최고조에 달하였을 시점으로 보이는데, 이 사건 계약이 체결될 무렵에는 앞서 본 바와 같이 코스닥 등록에 실패한 데다가 모기업의 부도로 경영환경과 투자환경이 극도로 악화되었을 때였고, 이러한 점에 더하여 그 전부터 일었던 이른바 코스닥 열풍이 점차 잦아들기 시작할 무렵이었다는 점까지 감안하면, 이 사건 계약 당시 이 사건 회사의 주식 시세는 삼성증권이 당초 예상한 코스닥 등록 후의 적정주가보다 상당히 낮은 수준에서 형성되었을 것으로 판단된다.

반면, 이 사건 회사는 2000. 5.까지의 경영실적이 매우 우수하여 2000년 연간 실적으로 환산한 예상 당기순이익이 약 65억 원에 이를 정도였고, 이는 삼성증권이 당초 예상한 2000년도 당기순이익 약 36억 원을 크게 초과하는 것이었기 때문에, 삼성증권이 예상한 이 사건 회사의 적정주가보다 실제 주식의 시가가 상회할 요인이 있었다고 볼 여지가 있기는 하나, 일반적으로 비상장주식은 대주주의 지위를 확보하지 못하는 이상 회사 경영에 참여하거나 이익배당을 받는 것이 극히 어렵고, 이를 시장에 매각하는 것조차 쉽지 않아 상장주식에 비하여 환가성이 현저히 떨어지는 등 일반인들이 투자 대상으로 삼기에는 매우 부적절하기 때문에, 위와 같은 단기적인 경영실적의 호전만으로는 이 사건 회사 주식의 본질가치를 조금이나마 상승시키는 요인이 될 수 있을지는 몰라도 사실 이 사건 회사 주식의 거래 가격 상승에 큰 영향을 미치지지는 못하였으리라 판단되며, 실제로 이 무렵 이 사건 회사 주식의 거래 자체가 거의 없었다는 점이 이와 같은 판단을 뒷받침한다고 할 수 있다.

한편, 앞서 인정한 바와 같이 피고인들은 이 사건 계약을 체결함에 있어 '사채인수인은 이 사건 회사의 동의 없이는 사채의 발행일로부터 30개월이 경과하기 전까지 사채 또는 사채로부터 전환된 주식을 처분할 수 없다'고 규정하여 전환된 주식의 처분을 제한하고 있는데, 이와 같은 처분제한 규정이 있다는 점에다가 이 사건 전환사채의 발행조건이 당시 시중은행의 3년제 대출이자율이 8.1% 정도이었던 점(수사기록 544면)을 더하여 고려하여 보면, 이 사건 전환사채를 인수한 한국기술투자는 일반적인 전환사채를 인수할 때에 비하여 상당히 높은 수준의 투자위험을 부담하게 된 것으로 보이는데, 이러한 점은 이 사건 전환가격을 정함에 있어 전환가격을 낮추는 요인으로 작용하였음이 분명하므로, 설사 이 사건 전환가격이 이 사건 회사 주식의 시가보다 다소 낮은 금액으로 결정되었다 하더라도 그 사정만으로 이 사건 전환가격이 이 사건 회사 주식의 시가보다 현저하게 낮은 금액으로서 부당한 것이라 볼 수는 없다.

(라) 위에서 검토한 모든 사정을 종합하여 보면, 이 사건 전환가격 22,000원은 회사의 본질가치보다는 높은 금액인 것은 물론 당시 이 사건 회사 주식의 시가에 근접한 금액이었다고 판단되며, 설사 이 사건 전환가격이 이 사건 회사 주식

의 시가보다 다소 낮은 금액이었다 할지라도 이 사건 계약의 처분제한 규정 및 기타 이 사건 계약의 여러 조건들을 종합적으로 고려하면, 이 사건 공소사실과 같이 이 사건 회사 주식의 시가보다 현저히 낮은 금액으로 정해진 것이라고 보기 어려운바, 결국 이 사건 계약으로 인하여 전환사채 인수자인 한국기술투자가 이 사건 주식의 시가와 전환가격의 차액 상당의 재산상의 이익을 취득하고 이 사건 회사가 동액 상당의 손해를 입었다고 볼 수 없다.

(4) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 임무위배행위를 하였는지 여부

업무상배임죄에 있어서 '임무에 위배하는 행위'라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말한다.

그리고 일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실(고의, 동기 등의 내심적 사실)은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 위와 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하고 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 경우에도 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라, 사회적으로도 큰 손실이 될 것이다.

따라서 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 없으면서도 단순히 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다 할 것이다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결).

이 사건에서 임무위배행위인지 여부가 문제되는 것은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 이 사건 계약의 체결을 통하여 한국기술투자에 100억 원 상당의 전환사채를 인수시키면서 전환가격을 22,000원으로 결정하였다는 점이다.

그런데 위에서 본 사실관계에 의하면, 당시 이 사건 회사가 코스닥 등록에 실패하여 당초의 자금조달계획에 차질이 발생하였고 대주주인 새한도 부도 위기에 처하여 기업구조개선작업을 신청한 상태에서 보유하고 있던 이 사건 회사 주식을 처분하였기 때문에 회사의 신인도마저 추락하여 경영상의 위기에 봉착하고 있었던 점, 위 피고인들은 사실상 이 사건 회사의 최대주주의 지위를 확보한 한국기술투자가 추가로 100억 원의 자금을 투여하여 회사에 대한 장기적인 투자를 하겠다며 전환사채의 발행을 요구해 온 것을 수용하는 편이 회사의 유보자금을 확충함은 물론 안정

적 경영권 행사가 가능하게 됨으로써 결과적으로 이 사건 회사에 이득이 된다고 판단한 점, 위 피고인들이 이 사건 전환사채를 발행함에 있어 필요한 절차를 모두 거쳤으며 이사회 결의시에도 위 피고인들 사이에 전환가격에 관한 실질적 논의가 있었던 점, 이 사건 계약의 내용 중 사채인수대금 100억 원의 이자율은 연 3%로 당시 시중 은행 이자율에 비하여 매우 저렴한 이율이었고, 당시 장기적인 관점에서 티에프티(TFT) 편광필름 생산부문에 진출할 의도를 가지고 있던 이 사건 회사 입장에서는 다른 방법으로는 위와 같은 유리한 조건으로 100억 원에 이르는 거액의 사업자금을 조달하기 어려웠던 점, 위 피고인들이 이 사건 계약을 체결함에 있어 한국기술투자의 장기투자를 유도하기 위하여 30개월 처분제한 규정을 두었으며, 한국기술투자로서도 회사의 기업가치를 상승시킨 후 인수합병을 통하여 투자자금을 회수한다는 투자계획하에서는 상당한 기간의 투자기간이 필요하였던 점, 이 사건 계약 이후 경영상의 불안요소가 대부분 불식되어 이 사건 회사의 경영상태가 호전되었고, 오성엘에스티 주식회사가 2002. 7.경 한국기술투자로부터 그 보유지분을 양수하고 2003. 1.경 이 사건 회사를 코스닥시장에 등록시킴으로써 결국 회사의 가치는 회사의 주가도 크게 상승하게 된 점, 위 피고인들은 모두 새한그룹 출신이라는 연고로 이 사건 회사에 근무하게 되었는데 이 사건 계약으로써 한국기술투자에게 이익을 제공할 특별한 동기나 그로 인하여 개인적인 이익을 도모할 의사가 없었다고 여겨지는 점 등의 사정이 인정된다.

앞서 이미 위 피고인들의 행위로 인하여 이 사건 회사에 손해가 발생하였다고 볼 수 없다고 판단하였으나, 만약 이와 달리 위 피고인들의 행위로 인하여 손해가 발생하였다고 가정하여 본다 하더라도, 위와 같이 위 피고인들이 위와 같은 경영상의 판단을 하게 된 경위와 동기, 이 사건 계약의 내용, 당시 이 사건 회사가 처한 상황, 이 사건 계약을 통한 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등에 비추어 보면, 위 피고인들이 이 사건 계약의 체결과정에서 전환가격을 22,000원으로 결정한 것이 임무위배행위에 해당한다거나 위 피고인들에게 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵다 할 것이다.

(5) 피고인 4가 임무위배행위에 공모, 가담하였는지 여부

우리나라가 기본적으로 채택하고 있는 자유시장경제체제는 각 경제주체들의 영리추구라는 이기적인 동기에서 비롯된 자유로운 경제행위를 근간으로 하는 것이기 때문에, 국가형벌권이 경제주체들의 경제활동에 관여하여 이를 제재하는 것은 그 경제행위가 위법 또는 탈법적인 수단을 동원하는 등의 방법으로 시장의 공정한 경쟁질서를 깨뜨리거나 이를 위협할 수 있는 행위로서 공공의 이익에 반하여 허용할 수 없는 경우에 한하는 것으로 해석하여야 할 필요가 있다.

따라서 업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행 행위자와 공동정범으로 인정하기 위해서는, 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자가 실행행위자의 행위가 피해자 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 능동적 또는 적극적으로 실행행위자의 행위를 교사, 강요하거나 또는 배임행위 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 하고(대법원 2003. 10. 30. 선고 2003도4382 판결 참조), 단순히 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자가 거래계에서 일반적으로 허용되는 방법을 통하여 임무위배행위의 실행 행위자와 거래한 결과 이익을 취득하게 되는 경우에는 업무상배임죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다고 보아야 한다.

이러한 법리를 바탕으로 하여, 앞서 판단한 것과 달리 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3이 한국기술투자에게 이 사건 전환사채를 발행함에 있어 공소사실과 같은 임무위배행위를 하였다고 전제한 후, 과연 피고인 4가 상피고인들의 위와

같은 임무위배행위에 공모, 가담한 것인지 여부에 관하여 살피건대, ① 당초 피고인 4가 한국기술투자의 대표이사 겸 회장으로 피고인 1에게 100억 원 규모의 전환사채 인수를 제의하고 위 피고인이 이에 응함으로써 이 사건 계약이 체결되었는데, 그 과정에서 피고인 4가 다른 피고인들의 의사결정을 강요, 혹은 배임행위를 교사하였다거나 기타 이 사건 계약을 체결함에 있어 위법 또는 탈법적인 수단을 사용하였다는 점을 인정할 아무런 증거가 없는 점, ② 한국기술투자는 벤처기업의 자금 및 성장업무를 지원할 목적으로 설립된 법인으로서, 다수의 투자자로부터 투자 재원을 모집하여 벤처기업에 투자하거나 재정난으로 경영의 어려움을 겪고 있는 유망기업에 투자한 후 기업의 구조조정과 기업인수합병(M&A) 절차를 통하여 투자자금을 회수하는 방법으로 영리를 추구하는 주식회사이므로, 위 회사는 사업의 성격상 가능한 적은 투자자금을 투여하여 고액의 투자이익을 얻는 것을 목표로 하고 있는데, 이 사건 회사의 거래 상대방인 피고인 4로서는 이 사건 계약을 체결함에 있어 이 사건 회사 주식의 시가보다는 가급적 적은 금액으로 전환가격을 정하여 투자자금을 최소화함으로써 자신이 대표하는 회사의 이익에 부합하도록 노력할 수밖에 없다는 점, ③ 피고인 4는 이 사건 회사에 대한 투자를 결정하기에 앞서 상세한 내용의 투자계획을 수립하였고, 특히 전환가격에 관하여는 이 사건 회사의 임원들이 전환가격 22,000원이 지나치게 낮다고 주장할 경우에 대비하여 25,000원의 한도 내에서 전환가격을 정하기로 계획하였던 점에 비추어 볼 때, 그가 대주주의 지위를 이용하여 이 사건 회사 임원들의 의사결정에 영향을 미치려 했다고 보기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 4가 이 사건 계약을 체결함에 있어 능동적 또는 적극적으로 다른 피고인들의 임무위배행위를 교사, 강요하였다고 볼 수 없고, 달리 배임행위 전 과정에 관여하는 등 적극적으로 임무위배행위에 관여하였다고 볼만한 증거가 없으므로, 결국 피고인 4가 공소사실과 같이 이 사건 임무위배행위에 공모, 가담하였다고 할 수 없다.

(6) 소결론

따라서 피고인들에 대한 이 사건 공소사실은 모두 어느 모로 보나 범죄의 증명이 없는 경우에 해당함에도 불구하고, 원심은 사실을 오인하였거나 업무상배임죄에 관한 법리를 오해하여 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 인정한 잘못이 있다.

3. 결 론

그렇다면 피고인들 및 검사의 나머지 항소이유에 관하여 살펴볼 필요 없이 피고인들의 항소는 모두 이유 있고 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 모두 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

4. 공소사실에 대한 판단

피고인들에 대한 이 사건 공소사실의 요지는 제2의 가항 기재와 같은바, 이는 위 항소이유에 대한 판단에서 실시한 바와 같이 모두 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하므로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 각 무죄를 선고한다.

판사 김용균(재판장) 임정수 배현태