

**특정 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위반(알선수재)·특정 범죄
가중 처벌등에 관한 법률 위반(조세)·증권 거래법 위반(알
선수재)·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)·증권거래법위반**

[대법원 2011. 6. 30. 2010도10968]



【판시사항】

- [1] 구 조세범 처벌법 제3조에서 정한 자가 조세를 포탈한 경우, 포탈세액의 산정 기준
- [2] 납세의무자의 신고에 의하여 부과·징수하는 조세에 대한 조세포탈죄의 기수 시기 및 기수 이후 정부의 과세결정이 있다거나 납세의무자가 포탈세액 전부 또는 일부를 납부하였다는 사정이 범죄 성립에 영향을 미치는지 여부(소극)
- [3] 피고인이 자신의 자녀들에게 차명주식을 증여하였는데도 자녀들의 대리인으로서 그들에게 부과될 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하는 방법으로 증여세를 포탈하였다고 하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)으로 기소된 사안에서, 자녀별 포탈세액 전부를 합산하는 방법으로 '피고인의 포탈 세액'을 산정하여 같은 법 제8조 제1항 위반죄가 기수에 이르렀다고 본 원심판단을 수긍한 사례
- [4] 구 조세범 처벌법 제9조 제1항에서 정한 '사기 기타 부정한 행위'의 의미
- [5] 피고인이 자신의 자녀들에게 차명주식을 증여하였는데도 적극적으로 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 구 상속세 및 증여세법 제41조의5 제1항에서 정한 의제증여세를 포탈한 사안에서, 위 행위가 의제증여세 포탈과 관련하여 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례
- [6] 조세포탈죄에서 '범의'의 내용 및 위 법리가 구 상속세 및 증여세법 제41조의5에서 정한 의제증여세 포탈 범죄의 경우에도 동일하게 적용되는지 여부(적극)
- [7] 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 자신의 자녀들에게 甲 주식회사 발행의 차명주식을 이전한 후 합병을 통한 우회상장을 하여 차명주식 가치를 증가시키는 방법으로 증가된 가액을 증여하고 그에 따른 의제증여세를 포탈하였다고 하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)으로 기소된 사안에서, 피고인에게 의제증여세 포탈 범의가 있었다고 본 원심판단을 수긍한 사례
- [8] '합병에 따른 상장등 이익'을 증여로 의제하여 과세하도록 규정한 구 상속세 및 증여세법 제41조의5가 헌법상 과잉금지원칙이나 평등원칙 등에 위배되는지 여부(소극)
- [9] 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 위반죄의 죄수 관계 및 같은 항에서 정한 '연간', '연간 포탈세액 등'의 의미
- [10] 증여세와 의제증여세에 대한 각 포탈범행의 기수 시기가 속한 연도가 다른 경우, 각 조세포탈행위를 포괄일죄로 보아 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 위반의 1죄로 처벌할 수 있는지 여부(소극)
- [11] 차명주식 증여에 관한 증여세와 '합병에 따른 상장등 이익'에 관한 의제증여세에 대한 각 포탈범행의 기수 시기가 속한 연도가 다른데도, 검사가 위 행위 전체를 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률('구 특가법'이라 한다) 위반(조세)의 포괄일죄로 기소한 사안에서, 이를 구 특가법 제8조 제1항 위반의 1죄로 처벌할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례

【판결요지】

- [1] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범 처벌법'이라 한다) 제3조에서 정한 '법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원' 등 행위자는 구 조세범 처벌법 제9조 제1항에서 정한 납세의무자와 별개로 조세포탈범의 범죄주체가 될 수 있으므로, 행위자가 조세포탈의 주체로서 포탈한 세액은 납세의무자가 아니라 '행위자'를 기준으로 산정하여야 한다.
- [2] 납세의무자의 신고에 의하여 부과·징수하는 조세에서 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니함으로써 당해 세목의 과세표준을 정부가 결정 또는 조사결정을 할 수 없는 경우에는 당해 세목의 과세표준 신고기한이 경과한 때에 조세포탈범죄는 기수에 이르고
- [구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조의3 제1호], 범죄가 완성된 이후에 정부의 과세결정이 있다가나 납세의무자가 포탈세액 전부 또는 일부를 납부하였다는 사정은 범죄 성립에 영향을 미치지 아니한다.
- [3] 피고인이 자신의 자녀들에게 차명주식을 증여하였는데도 자녀들의 대리인으로서 그들에게 부과될 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하는 방법으로 증여세를 포탈하였다고 하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 특가법'이라 한다) 위반(조세)으로 기소된 사안에서, 피고인의 자녀별 포탈세액 전부를 합산하는 방법으로 '피고인이 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조에 정한 행위자로서 포탈한 세액'을 산정하여 구 특가법 제8조 제1항 위반 여부를 판단하고, 나아가 증여세 신고기한 경과로 조세포탈죄가 기수에 이른 후 피고인의 자녀들이 증여세 일부를 납부하였더라도 피고인의 증여세 포탈세액에서 이를 공제할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
- [4] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조 제1항에서 정한 '사기 기타 부정한 행위'란 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말한다.
- [5] 피고인이 자신의 자녀들에게 차명주식을 증여하였는데도 적극적으로 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만들어 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5 제1항에서 정한 의제증여세 부과 전제가 되는 '최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여 사실'을 숨기는 등의 방법으로 의제증여세를 포탈한 사안에서, 피고인의 행위가 의제증여세 포탈범행과 관련하여 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
- [6] 고의범인 조세포탈죄에서 납세의무자 또는 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범 처벌법'이라 한다) 제3조에서 정한 행위자가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 이로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에 조세포탈 범의가 인정된다. 이러한 법리는 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5에서 정한 의제증여세 포탈 범죄의 경우에도 그대로 적용되므로, 의제증여세 포탈 범죄가 성립하기 위해서는 구 조세범 처벌법에서 정한 조세포탈 주체가 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, '합병에 따른 상장등 이익'에 대한 증여세 납부의무를 염두에 두고 자신의 부정한 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것을 요한다.

- [7] 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 자신의 자녀들에게 甲 주식회사 발행의 차명주식을 이전한 후 합병을 통한 우회상장을 하여 차명주식 가치를 증가시키는 방법으로 증가된 가액을 증여하고 그에 따른 의제증여세를 포탈하였다고 하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 위반(조세)으로 기소된 사안에서, 피고인이 의제증여세 부과 전제가 되는 '주식의 증여 사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실'의 발견을 어렵게 하여 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 甲 회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 협회등록법인인 乙 회사를 인수한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인에게 의제증여세 포탈 범의가 있었다고 본 원심판단을 수긍한 사례.
- [8] 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5는 주식등의 증여일 또는 취득일로부터 일정기간 이내에 합병이 이루어져 주식등 가액이 증가하는 경우에만 추가로 과세하는 점, 기업 경영 등에 관한 미공개정보를 이용할 수 있고 경영상 판단에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자가 그와 친족등의 특수관계에 있는 자에게 주식등 재산을 증여하거나 양도한 경우에 한하여 증여재산의 가액증가분을 증여재산으로 평가하여 과세하는 점, 납세자가 제시하는 재무제표 등에 의하여 기업가치의 실질적 증가로 인한 이익임이 확인되는 경우 과세대상에서 제외하고 있는 점, 일정한 경우 증여세액을 환급받을 수 있도록 한 점 등을 고려하면, 위 법률 규정에 의한 증여세 부과는 주식등 재산의 증여 또는 취득 시점에 사실상 무상으로 이전된 재산 가액을 실질적으로 평가하여 과세함으로써 조세부담의 불공평을 시정하고 과세 평등을 실현하기 위한 것으로서 목적이 정당하고 수단·방법도 적절하므로, 위 규정이 과잉금지원칙이나 평등원칙 등에 위배된다고 할 수 없다.
- [9] 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 특가법'이라 한다) 제8조 제1항에서 정한 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다. 한편 구 특가법 제8조 제1항에서 정한 '연간'은 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간을 의미하므로, 같은 항에서 말하는 '연간 포탈세액등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다.
- [10] 구 조세법 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것)에서 정한 조세포탈 주체가 조세를 포탈할 목적으로 납세의무의 성립시기와 성립요건을 달리하는 증여세와 의제증여세에 대한 각각의 신고기한이 경과할 때까지 과세표준을 신고하지 아니한 때에는 신고기한 경과로 증여세 포탈범죄와 의제증여세 포탈범죄가 각 성립하고, 이들 범죄의 성립시기와 속하는 연도가 다른 경우에는 각 포탈행위를 포괄하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항 위반의 1죄로 처벌할 수 없다.
- [11] 차명주식 증여에 관한 증여세와 합병에 따른 상장등 이익에 관한 의제증여세에 대한 각 포탈범행의 기수 시기가 속한 연도가 다른데도, 검사가 위 행위 전체를 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 특가법'이라 한다) 위반(조세)의 포괄일죄로 기소한 사안에서, 신고기한의 종기이자 조세포탈의 기수시기를 각각 달리하는 수개의 구 특가법 위반(조세)죄가 서로 경합범 관계에 있는 이상, 이를 구 특가법 제8조 제1항 위반의 1죄로 처벌할 수 없다고 본 원심판단을 수긍한 사례.

【참조조문】

- [1] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조(현행 제18조 참조), 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조)
- [2] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조의3 제1호(현행 제3조 제5항 참조)
- [3] 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조(현행 제18조 참조), 제9조의3 제1호(현행 제3조 제5항 참조)
- [4] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조)
- [5] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조), 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5 제1항
- [6] 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조(현행 제18조 참조), 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조), 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5
- [7] 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5
- [8] 헌법 제11조, 제37조 제2항, 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5
- [9] 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조)
- [10] 형법 제37조, 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항, 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제3조(현행 제18조 참조), 제9조 제1항(현행 제3조 제1항, 제6항 참조), 제9조의3 제1호(현행 제3조 제5항 참조), 구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것) 제41조의5, 제68조 제1항
- [11] 형법 제37조, 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조 제1항

【참조판례】

- [1] 대법원 1992. 8. 14. 선고 92도299 판결(공1992, 2707), 대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결(공2005상, 988) /
- [2] 대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결(공1985, 572), 대법원 1988. 11. 8. 선고 87도1059 판결(공1988, 1550), 대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2398 판결(공1997상, 450), 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도5459 판결(공2002하, 2136) /
- [4]
- [6] 대법원 2004. 9. 24. 선고 2003도1851 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결(공2006하, 1458), 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007도9689 판결 /
- [4] 대법원 2005. 1. 13. 선고 2003도297 판결, 대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 /
- [9]
- [10] 대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결(공2000상, 1225), 대법원 2001. 3. 13. 선고 2000도4880 판결(공2001상, 919)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인 및 검사

【변 호 인】 법무법인(유한) 화우 외 1인

【원심판결】 서울고법 2010. 8. 6. 선고 2010노565 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인의 상고이유에 대한 판단

가. 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점

(1) 공소장변경허가의 위법 여부

검사는 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회·변경을 할 수 있고, 이 경우 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 하는데(형사소송법 제298조 제1항), 공소사실의 동일성은 그 사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이고, 이러한 기본적인 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 1998. 6. 26. 선고 97도3297 판결 등 참조).

기록에 의하면, 당초 검사는, 피고인이 2003. 9.경 피고인의 자녀들에게 차명주식을 증여하였고 2003. 12. 26. 그 차명주식에 대한 유상증자 신주를 피고인의 자금으로 인수하게 하였는데 2006. 7.경 합병을 통한 우회상장으로 피고인의 자녀들이 증여받거나 인수한 주식의 가액이 증가하였다는 것을 전제로 하여, "2003. 9.경 차명주식 증여 및 2003. 12. 26. 유상증자 신주 인수에 대하여 부과되는 증여세와 2006. 7.경 합병에 따라 증가된 주식의 가액에 대하여 부과되는 증여세를 합산하는 방법으로 2006. 7.경 합병에 따른 의제증여세를 산정한 다음, 이러한 의제증여세 포탈의 점과 2006년 피고인의 차명주식 양도에 따른 양도소득세의 포탈의 점을 포괄하여 1개의 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 죄"로 공소를 제기하였다.

그러다가 제1심판결 선고 이후 원심에 이르러 검사는, 기존의 공소사실을 주위적 공소사실로 하고 예비적으로 "피고인의 2003. 9.경 차명주식 증여에 따른 증여세의 포탈로 인한 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄와 2006. 7.경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세의 포탈로 인한 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄의 경합범으로 기소하는 내용"으로 공소장변경허가신청을 하였고, 원심은 이를 허가하였다.

위 변경 전 공소사실과 변경 후 공소사실의 내용을 비교하여 보면, 변경 후 공소사실은 조세포탈 범행에 관한 죄수 평가를 달리한 것일 뿐 소추의 대상이 되는 조세포탈 범행의 주요 부분의 사실관계는 변경 전 공소사실과 크게 변함이 없으므로, 이 사건 공소장변경 전후의 공소사실 사이에는 기본적 사실관계의 동일성이 인정된다.

검사의 공소장변경허가신청을 인용한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(2) 포탈세액 산정 등의 위법 여부

구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범 처벌법'이라 한다) 제3조 소정의 '법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타의 종업원' 등 행위자는 구 조세범 처벌법 제9조 제1항 소정의 납세의무자와 별개로 조세포탈범의 범죄주체가 될 수 있으므로 (대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조), 행위자가 조세포탈의 주체로서 포탈한 세액은 납세의무자가 아니라 행위자를 기준으로 산정하여야 한다.

한편 납세의무자의 신고에 의하여 부과 징수하는 조세에 있어서 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니함으로써 당해 세목의 과세표준을 정부가 결정 또는 조사결정을 할 수 없는 경우에는 당해 세목의 과세표준의 신고기한이 경과한 때에 조세포탈범죄는 기수에 이르고(구 조세범 처벌법 제9조의3 제1호), 범죄가 완성된 이후에 정부의 과세결정이 있다거나 납세의무자가 포탈세액의 전부 또는 일부를 납부하였다는 사정은 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니한다 (대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결, 대법원 1988. 11. 8. 선고 87도1059 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 수증자인 피고인의 자녀들의 대리인으로서 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 사실을 전제로 하여 피고인의 자녀별 포탈세액을 전부 합산하는 방법으로 '피고인이 구 조세범 처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액'을 산정하여 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 특가법'이라 한다) 제8조 제1항 위반 여부를 판단하였다.

나아가 원심은, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 되므로, 피고인의 자녀들이 신고기한 경과 후에 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다고 하더라도 피고인의 증여세 포탈세액에서 공제할 수는 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 포탈세액 산정 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(3) 증여대상이 석물 매도대금인지, 주식인지 여부

원심은, 피고인이 2002. 11.경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하여 그 대금을 자금원으로 하여 이 사건 차명주식을 매수하게 한 것이 아니라 2003. 9.경 이 사건 차명주식 자체를 증여한 것이라고 판단하였다.

이 부분 상고이유 주장은 사실심의 전권에 속하는 증거의 취사선택과 사실의 인정을 탓하는 취지에 불과하여 적법한 상고이유로 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들을 원심판결 이유에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 여러 사정을 들어 피고인이 자녀들에게 이 사건 차명주식을 증여하였다고 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 관련 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(4) 의제증여세 포탈 관련 '사기 기타 부정한 행위' 여부

구 상속세 및 증여세법(2003. 12. 30. 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증세법'이라 한다) 제41조의5 제1항은 최대주주등과 특수관계에 있는 자가 최대주주등으로부터 당해 법인의 주식등(주식 또는 출자지분)을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주등 외의 자로부터 당해 법인의 주식등을 취득하거나 다른 법인의 주식등을 취득한 경우로서 그 주식등의 증여일등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서 당해 주식등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에 당해 이익을 증여받은 것으로 의제한다.

한편 구 상증세법 41조의5 제1항, 제2항, 제41조의3 제1항, 제22조 제1항, 구 상증세법 시행령(2003. 12. 30. 대통령령 제18177호로 개정되기 전의 것) 제31조의8 제2항, 제31조의6 제1항, 제2항, 제19조 제2항 등의 규정에 의하면, 구 상증세법 제41조의5 제1항 소정의 '최대주주등'이라 함은 ① 최대주주 또는 최대출자자(주주 또는 출자자 1인과 친족·사용인 등 특수한 관계에 있는 자의 보유주식등을 합하여 그 보유주식등의 합계가 가장 많은 경우의 당해 주주 또는 출자자)와 ② 발행주식총수 또는 출자총액의 100분의 25 이상 소유자(주주 또는 출자자 1인과 친족·사용인 등 특수한 관계에 있는 자의 보유주식등을 합하여 100분의 25 이상을 소유한 경우의 당해 주주 또는 출자자)를 의미한다.

한편 구 조세범 처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말한다 (대법원 2005. 1. 13. 선고 2003도297 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 피고인의 자녀들이 그 판시 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 '최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여 사실'을 숨기는 등의 방법으로 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 인정한 다음, 이러한 피고인의 행위는 구 상증세법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세의 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들을 원심판결 이유 및 관련 법령의 내용에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이 부분 상고이유 주장은 원심 판시 차명주주들이 당해 법인의 '최대주주등'에 해당하고 피고인의 자녀들이 차명주주들에 대한 관계에서 구 상증세법 제41조의5 제1항 소정의 '친족·사용인 등의 특수관계에 있는 자'에 해당한다는 것을 전제로 하는 것인데, 이는 법령의 객관적 의미에 부합하지 않는 독자적 해석 혹은 원심이 적법하게 인정한 것과 배치되는 사실관계를 각 전제로 한 주장이므로 받아들일 수 없다.

(5) 의제증여세 포탈의 범의 유무

고의범인 조세포탈죄에 있어서 납세의무자 또는 구 조세법 처벌법 제3조 소정의 행위자가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에 조세포탈의 범의가 인정된다 (대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조). 이러한 법리는 구 상증세법 제41조의5 소정의 의제증여세를 포탈하는 범죄의 경우에도 그대로 적용되므로, 의제증여세 포탈 범죄가 성립하기 위해서는 구 조세법 처벌법 소정의 조세포탈 주체가 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, '합병에 따른 상장등 이익'에 대한 증여세 납부의무를 염두에 두고 자신의 부정한 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것을 요한다 .

원심은, 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하면 피고인이 2003. 9.경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 '주식의 증여 사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실'의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식의 발행회사인 그 판시 회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 그 판시 협회등록법인(코스닥 상장법인)을 인수한 것으로 볼 수 있으므로, 피고인에게서는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하고 그에 따른 의제증여세를 포탈하겠다는 범의가 있었다고 볼 수 있다고 판단하였다.

원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들을 원심판결 이유 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실 인정과 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 공판중심주의 또는 직접주의 원칙 등을 위반하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(6) 의제증여세 제도의 위헌 여부

구 상증세법 제41조의5는 통상적으로 합병을 통한 상장 또는 등록에 소요되는 기간을 고려하여 주식등의 증여일 또는 취득일로부터 일정기간 이내에 합병이 이루어져 주식등의 가액이 증가하는 경우에만 추가로 과세하는 점, 증여재산의 가액변동을 초래할 수 있는 기업의 경영 등에 관한 미공개정보를 이용할 수 있고 경영상의 판단에 상당한 영향력을 미칠 수 있는 지위에 있는 자가 그와 친족 등의 특수관계에 있는 자에게 주식등 재산을 증여하거나 양도한 경우에 한하여 증여재산의 가액증가분을 증여재산으로 평가하여 과세하는 점, 납세자가 제시하는 재무제표 등에 의하여 주식등 재산의 증여 또는 취득 이후의 기업가치의 실질적 증가로 인한 이익임이 확인되는 경우에는 과세대상에서 제외하고 있는 점, 합병등기일을 기준으로 하는 정산기준일 현재의 주식등의 가액이 당초의 증여세과세가액보다 적은 경우로서 그 차액이 일정한 기준 이상인 경우에는 그 차액에 상당하는 증여세액을 환급받을 수 있게 한 점 등을 고려하면, 위 법률 규정에 의한 증여세 부과는 주식등 재산의 증여 또는 취득 시점에 사실상 무상으로 이전된 재산의 가액을 실질적으로 평가하여 과세함으로써 조세부담의 불공평을 시정하고 과세의 평등을 실현하기 위한 것으로서 그 목적이 정당하고 그 수단·방법도 적절하다고 할 수 있다.

위 법률의 규정이 과잉금지원칙이나 평등원칙 등에 위배된다는 상고이유의 주장은 이유 없다 .

나. 구 증권거래법 위반의 점

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지, 이하 '구 증권거래법'이라 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변

동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

나아가 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분하다.

이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 증가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도675 판결 등 참조). 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 분담하여 실행하지 않은 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 없다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

원심은, 피고인이 이 사건 주식을 매수할 당시의 정황과 거래형태, 거래의 동기 등 그 판시와 같은 여러 사정을 종합하면, 피고인이 2006. 10.경 그 판시 주식을 매수할 당시와 2008. 7.경부터 같은 해 11월경까지 그 판시 주식을 매수할 당시에 인위적으로 시세를 변동시키는 매매를 통해 거래를 유인할 목적이 있었다고 인정하고, 나아가 피고인이 자신의 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사 또는 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 판단하였다.

원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들을 원심판결 이유 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 시세조종, 공모공동정범의 성립요건 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 구 특가법 위반(조세)의 점

(1) 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 주위적 공소사실 부분

조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다.

한편 같은 항에 있어서 '연간'은 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간을 의미하므로, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 (대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 등 참조). 나아가 구 상증세법 제68조 제1항 본문과 단서는 일반적인 증여세의 과세표준 신고기한과 의제증여

세의 과세표준 신고기한을 달리 정하고 있고, 납세의무자 등이 신고에 의하여 부과 징수하는 조세를 포탈할 목적으로 과세표준을 신고하지 아니함으로써 정부의 과세표준의 결정 또는 조사결정을 할 수 없게 한 경우에는 그 신고기한이 경과한 때에 조세포탈행위가 기수에 이르며(구 조세범 처벌법 제9조의3 제1호), 조세포탈죄의 죄수는 위반사실의 구성요건 총족 횟수를 기준으로 정하는 것이 원칙이므로(대법원 1987. 12. 22. 선고 87도84 판결, 대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 등 참조), 구 조세범 처벌법 소정의 조세포탈의 주체가 조세를 포탈할 목적으로 납세의무의 성립시기와 성립요건을 달리하는 증여세와 의제증여세에 대한 각각의 신고기한이 경과할 때까지 과세표준을 신고하지 아니한 때에는 신고기한의 경과로 증여세 포탈범죄와 의제증여세 포탈범죄가 각 성립하고, 이들 범죄의 성립시기가 속하는 연도가 다른 경우에는 각 포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반의 1죄로 처벌할 수 없다.

같은 취지에서 원심이 그 신고기한의 종기이자 조세포탈의 기수시기를 각 2003년, 2004년 및 2007년으로 달리하는 그 판시 ① 2003. 9.경 차명주식 증여에 따른 증여세의 포탈로 인한 구 특가법 위반(조세)죄와 ② 2003. 12. 26.자 유상증자에 따른 증여세의 포탈로 인한 구 특가법 위반(조세)죄 및 ③ 2006. 7.경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세의 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세의 포탈로 인한 구 특가법 위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범 관계에 있는 이상, 증여세와 의제증여세를 포탈한 위 각 행위 전체를 구 특가법 위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실 부분은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당한다고 하여 무죄로 판단한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 조세포탈범죄의 죄수관계 등에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

(2) 2003. 12. 26.자 유상증자에 따른 증여세의 포탈의 점 및 2006. 7.경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 중 유상증자 신주 관련 부분의 포탈의 점

원심은, 위 2.의 가. (1)항에서 본 바와 같이 피고인의 각 증여세, 의제증여세, 양도소득세 포탈행위를 3개 죄의 실체적 경합범으로 보고, 그 중 포탈범행의 기수시기가 속하는 연도가 2004년으로서 다른 포탈행위와 실체적 경합범의 관계에 있는 2003. 12. 26.자 유상증자에 따른 증여세 포탈의 공소사실에 대해서는 그 포탈세액이 5억 원 미만이어서 구 특가법 제8조 제1항으로 처벌할 수 없고 구 조세범 처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이 부분에 관하여 구 조세범 처벌법 제6조에 따른 세무공무원의 고발이 없으므로, 그 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효라는 이유로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하였다.

위 2.의 가. (1)항에서 본 바와 같이 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세의 포탈로 인한 구 특가법 위반(조세)죄로 기소된 부분은 다른 증여세 등 포탈의 범죄와 실체적 경합범 관계에 있으므로, 위 유상증자에 따른 증여세의 포탈 관련 포탈세액만을 기준으로 처벌법규를 확정하고 고발 등의 소추요건 구비 여부를 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 조세포탈범죄의 죄수관계 등에 관한 법리오해의 위법이 없다.

한편 원심은, 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26.자 유상증자에 따라 발행된 그 판시 합병 전 법인의 신주에 대하여 합병을 통한 우회상장 과정에서 합병신주를 교부받은 사정을 고려하여 그 합병신주도 증여재산가액에 포함한 다음 2006. 7.경 합병에 따른 상장등 이익을 산정하여야 하나, 더 나아가 피고인이 2003. 9.경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 이미 그러한 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있

어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주가 발행된 사정을 참작할 수 없다는 이유로, 피고인이 2003. 9.경 자녀들에게 증여한 차명주식의 가액만을 토대로 하여 산정한 그 판시 의제증여세액을 초과하는 부분은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄라고 판단하였다.

관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 사실심 법관의 합리적 자유심증에 따른 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(3) 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점

원심은, 피고인이 코스닥상장법인인 그 판시 회사의 대주주로서 그 소유의 차명주식들을 매도하여 얻은 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실은 인정되나, 그 차명주식들은 피고인이 비상장·등록법인인 그 판시 회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 그 판시 회사의 차명주식들에 대하여 코스닥상장법인과 합병에 따라 배정된 합병신주들이므로, 피고인이 대주주와 그 밖의 주주의 주식양도에 대하여 차별적으로 과세하는 법령이 시행된 1999. 1. 1. 이후에 비로소 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하기 시작하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 비상장·등록법인인 그 판시 회사의 차명주식들에 대하여 위 과세 법령의 시행 이후 합병신주를 교부받아 계속해서 차명으로 보유하게 된 그 판시 코스닥상장법인의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

관계 증거를 기록 및 위 1.의 가. (4)항에서 본 '사기 기타 부정한 행위' 관련 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 관련 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(알선수재)의 점

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 소정의 알선수재죄에 있어서 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품이나 이익을 수수·요구 또는 약속하였다는 범의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되고, 피고인이 금품 등을 수수한 사실을 인정하면서도 범의를 부인하는 경우에는, 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 범의를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(대법원 2005. 6. 24. 선고 2004도8780 판결 등 참조).

원심은, 공소외 1의 각종 국제체육대회 후원금 등 기부내역, 이 사건 15만 위안의 교부 경위에 관한 공소외 1의 진술 내용, 피고인과 공소외 1의 관계 등 그 판시와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소외 1이 피고인에게 교부한 이 사건 15만 위안이 북경올림픽 선수단 격려금 명목의 돈이라는 피고인의 변소를 배척하고 그 돈이 국세청 공무원 등을 상대로 그 판시 공소외 2 주식회사 등 기업에 대한 세무조사 무마를 청탁해 달라는 명목으로 수수되었다거나 피고인이 세무조사 무마 청탁과 관련한 돈이라고 인식하면서 그 돈을 교부받았다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

또한 원심은, 피고인이 공소외 1에게 그 판시 투자정산금에 대한 손비처리를 요구하기 시작한 시기 및 경위, 이 사건 세무조사 및 공소외 1의 구속 등을 전후한 피고인의 행태, 피고인이 2009. 1.경 이 사건 손비처리 요구를 할 당시 피고인의 역할이나 지위 등에 비추어 보면, 피고인이 기존의 공소외 1과의 그 판시 회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라 공소외 1 측 보유 주식의 무상양도를 요청하는 의미에서 손비처리 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없으므로, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 또는 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과 관련하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 볼 수 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 사실심 법관의 합리적 자유심증에 따른 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

다.

구 증권거래법 위반의 점

(1) 사기적 부정거래의 점

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호는 '유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위'를 사기적 부정거래행위로 규정하고 있다.

여기서 '중요한 사항'이라 함은 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 같은 취지로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 관계 기관을 통해 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 관계 기관에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다.

나아가 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조).

원심은, 차명주식 보유 사실의 은폐 외에 허위사실유포 또는 위계사용 등의 사기적 행위의 개입 여부, 이 사건 주식의 주가급등 원인, 차명주식을 제외한 피고인의 보유주식의 처분 규모 및 그 사실의 공시 여부, 차명주식의 처분 규모 등 그 판시와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 금융감독위원회 등 관계 기관에 제출하는 합병신고서, 최대주주 변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서 등의 문서에 차명주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하는 의사가 있었다고 인정하기에 부족하고

달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록 및 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 사기적 부정거래에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(2) 2006. 9. 7.자 시세조종의 점

원심은, 피고인의 공소외 1 측에 대한 주식매입 관련 요청의 내용, 이 사건 주식매입에 사용된 자금의 소유관계, 피고인의 주식매입 과정에의 관여 정도 등 그 판시와 같은 여러 사정에 비추어 보면, 피고인은 공소외 1 측이 그 판시 회사의 주식을 많이 매수하여 줌으로써 그에 따라 주가가 자연적으로 상승되기를 바라는 마음에서 공소외 1 측에 주식을 매수하여 달라는 취지를 전달하였을 뿐 인위적으로 시세를 변경시키려는 거래를 요청한 것은 아니라고 보므로, 피고인의 부탁으로 공소외 1 측이 주식을 매입하였다는 사정만으로는 피고인이 공소외 1 측 인물의 시세조종 범행에 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기 어렵다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록 및 위 1.의 나.항에서 본 공모공동정범의 성립요건 등에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 관련 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

3. 결론

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

대법관 이인복(재판장) 김능환 안대희(주심) 민일영