

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·특정경제범죄가중처벌등  
에관한법률위반(배임){인정된죄명:특정경제범죄가중처벌등에관한법  
률위반(횡령)}·사기·배상신청

[서울고등법원 2004. 9. 21. 2003노2998]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 검사 및 피고인

【검 사】 손창열

【변 호 인】 변호사 이용웅외 3인

【배상신청인】

【원심판결】 서울남부지방법원 2003. 10. 24. 선고 2002고합494 판결

【주문】

】

피고인들에 대한 원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 1년 6월, 피고인 2를 징역 1년에 각 처한다.

피고인 1에 대한 원심판결 선고 전의 구금일수 105일을 같은 피고인에 대한 위 형에 산입한다.

다만, 피고인 2에 대하여는 이 판결 확정일로부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

이 사건 배상신청을 각하한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에

매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 나. 피고인 1

##### (1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

##### (2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

#### 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

##### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는데, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다.

이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어

면 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

- ③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.
- ④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘기가 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.
- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.
- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.
- ⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞서서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고

매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이라 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 관여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용 법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

#### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그립공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

###### 나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

## (2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는데, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다.

이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되

는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었다고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

- ③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.



- ④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.
- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.
- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.
- ⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 관여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,

아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

#### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

###### 나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(ㄷ) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게서는 배임의 고의가 없다.

(ㄹ) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

## (2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는바, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다.

이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 나. 관련 증거

① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.

② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.

④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.

- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.
- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.
- ⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,

아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정

경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

#### 가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.



(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

## (2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는바, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다.

이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식이 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였

다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었다고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.
- 또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.
- ③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.
- ④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.
- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.

- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.
- ⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소

외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물'이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,

아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는데, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다. 이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식이 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정한 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었다고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.
- 또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.
- ③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.
- ④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.
- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.
- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.

⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.



라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물'이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,

아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다).

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

## 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는데, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다. 이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식이 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.

② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었다고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.

④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.

⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.

⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.

⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하

였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며, 피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바, 아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다).

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략) 그룹공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 피고인 1

(1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는데, 이러한 사실을 미리 알았다면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다. 이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식이 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었다고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주



(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.

④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 번복하고 있다.

⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.

⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.

⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여 진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물'이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,

피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,

아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

#### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

###### 가. 검사

(1) 피고인 1(이하 같은 피고인에 관한 주장 및 그에 대한 판단 부분에서 '피고인'이라고만 한다.

피고인 2에 대하여도 같다)에 대하여

원심은 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 2000년 4월경 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 당시 자본금 5억 원, 발행주식 100만 주인 공소외 3 주식회사(이하 '회사'라고만 한다)의 기 발행 주식을 매도하는 것처럼 속이고는 실제로는 5억 원의 추가 유상증자를 통하여 발행되는 신주를 피해자들로 하여금 인수하게 하여 주식대금 18억 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

(2) 피고인 2에 대하여

원심은 피고인에 대한 사기죄의 공소사실에 관하여 무죄를 선고하였으나, 증거에 의하면, 피고인은 공소외 4가 피고인 1로부터 자신의 주식을 액면가의 20배에 팔아달라는 부탁을 받았고 (명칭 생략)그룹공소외 1 부회장이 피고인

1의 주식을 액면가의 25배로 매수한 사실을 알면서도, 공소외 2에게 위와 같은 사정을 숨기고 공소외 1 부회장이 피고인 1의 주식을 액면가의 30배에 매수하였다고 거짓말하여 공소외 2으로 하여금 위 주식을 액면가의 30배에 매수하게 하고 20배 매수가액과의 차액인 3억 5천만 원을 편취한 사실이 인정되므로, 원심판결에는 역시 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

#### 나. 피고인 1

##### (1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 주장

(가) 피고인이 공소외 4로부터 받은 금원은 피고인 개인 소유 주식의 매도대금이지 신주인수대금이 아니므로, 피고인으로서 이를 회사에 납입할 의무가 없다.

(나) 피고인에게 위 금원을 납입할 의무가 있다 하더라도 이 사건 신주의 발행가액은 1주당 500원이고 피고인은 신주 100만 주의 인수대금 합계 5억 원을 모두 회사에 입금하였으므로 피고인에게는 임무위배행위가 없다.

(다) 피고인이 신주인수대금을 모두 회사에 납입할 의무가 있다 하더라도, 피고인이 납입하여야 할 금원은 공소외 4로부터 교부받은 12억 5천만 원이지 공소외 4가 공소외 1, 공소외 2으로부터 받은 18억 원 전부는 아니며, 피고인은 위 12억 5천만 원 중 5억 원은 신주 100만 주의 인수대금으로 회사에 납입하였고, 3억 원은 회사가 2000. 2. 14. 사이버중앙 주식회사 및 주식회사 에브리존과 맺은 '전국민정보화 캠페인 협찬계약'에 따른 협찬상품비용으로 지출하였으며, 나머지 4억 5천만 원은 회사 채권자이자 2대 주주인 공소외 5에게 채무변제 및 2대 주주 지위의 양도 대가로 지급함으로써 회사를 위하여 위 금원 전부를 사용하였으므로, 피고인에게는 배임의 고의가 없다.

(라) 따라서 피고인에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 관한 공소사실에 대하여는 무죄를 선고하여야 함에도 원심은 사실을 오인하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

##### (2) 양형부당 주장

위 배임죄의 피해자인 회사가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있고, 피고인이 주식매각대금으로 받은 12억 5천만 원을 모두 회사를 위하여 사용하였으며, 피고인이 개인적인 이익을 취득한 바가 없는 점 등을 참작하면, 원심이 피고인에게 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

#### 2. 피고인 1에 대한 검사의 항소에 대한 판단

##### 가. 피고인의 고지의무

검사가 제출한 증거에 의하면, 공소외 1, 공소외 2(이하 '피해자들'이라 한다)는 유상증자로 인하여 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주가 되는 회사의 신주 13만 주를 유상증자 과정에서 인수하게 된 사실이 인정된다.

피해자들은, 피고인으로부터 매수 당시의 피고인 소유 주식, 즉 유상증자 이전인 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사 주식 중 피고인 소유의 13만 주를 매수하는 것으로 알았는데 결과적으로는 위와 같이 유상증자 과정에서 발행된 신주를 인수하게 되었는바, 이러한 사실을 미리 알았더라면 주식을 매수하지 않았을 것이라고 주장한다. 이에 대하여 피고인은, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 주식매도를 의뢰하면서 회사 자본금이 5억 원에서 10억 원으로 증자된 이후의 피고인 소유 주식을 매수할 사람을 물색하여 줄 것을 요청하였고, 피해자들이 결과적으

로 증자 이후의 주식을 매수한 것이 아니라 위와 같이 유상증자 과정에서 발행되는 신주를 인수하게 되었지만, 그 주식의 가치는 양자 모두 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식으로서 동일하므로, 피해자들에게 어떤 재산상 손해가 발생한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대, 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에 있어서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다( 대법원 2000. 1. 28. 선고 99도2884 판결, 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

이 사건의 경우, 매매 대상 주식이 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식인지, 아니면 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식인지 여부는 그 주식의 가치가 전혀 다른 점에 비추어 볼 때 피해자들이 주식 매수 여부나 매수 조건을 결정하는 데 매우 중요한 요소이고, 일반적으로 특정인 소유의 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 그가 보유하고 있는 주식을 매매한다는 것을 의미하므로, 피고인이 매매계약 당시의 자본금 5억 원, 발행주식 수 100만 주인 회사의 주식이 아니라 장래에 있을 유상증자 이후 자본금 10억 원, 발행주식 수 200만 주인 회사의 주식을 매도할 의도였다면(또는 유상증자과정에서 발행되는 신주를 인수하게 할 의도였다면) 피고인으로서 이러한 사정을 피해자들에게 명백히 알렸어야 하고, 이를 제대로 알리지 않았다면 고지의무 위반으로 인한 사기죄의 죄책을 면하기 어렵다고 보아야 할 것이다.

#### 나. 관련 증거

- ① 피고인은 수사기관 이래 당심 법정에 이르기까지 일관하여, 이 사건 주식거래를 중개한 공소외 4에게 증자 이후의 주식을 매도한다는 사실을 알렸으며, 특히 공소외 1에게는 자본금이 10억 원으로 증자된 후의 주식을 매도한다는 점을 직접 고지하였다고 주장한다.
- ② 한편, 공소외 4는 피고인으로부터 증자 이후의 주식 매도를 의뢰받았는지 여부에 대하여 진술을 여러 차례 반복하고 있는바, 수사기관에서는 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후 주식을 양도하려 한다는 얘기를 들었고 진술하다가, 1심 법정에서는 피고인으로부터 증자한다는 얘기는 들었으나 증자한 주식을 팔려고 하였는지는 모른다고 진술하였고, 당심 법정에서는 피고인이 증자 후의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하다가 다시 증자 전의 주식 매도를 의뢰하였다고 진술하더니 나중에는 기억이 잘 나지 않는다고 진술하면서도 피고인 개인 소유의 구주(舊株)를 매도하려 하였다고 진술하고 있다.

또한 공소외 4는, 공소외 1의 주식 매수와 관련하여 접촉하였던 공소외 6에게 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나(1심), 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고(2심) 진술하고 있으며, 피고인으로부터 교부받아 매수자 측에 전달할 회사의 사업계획서 등에는 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었고, 5억 원 증자 예정

인 사실은 기재되어 있지 않았다고 진술하고 있다.

- ③ 피고인이 공소외 1에게 직접 주식 매수를 권유하면서 회사의 현황과 전망에 대하여 설명할 때 동석한 공소외 6은, 당시 피고인이 유상증자 후 주식을 매도한다는 점을 밝혔는지 여부에 대하여, 수사기관에서는 그에 대한 기억이 나지 않으며 단지 피고인이 전망 좋은 회사라고 설명한 부분만 기억난다고 진술하다가 1심 법정에서는 당시 자본금을 10억 원으로 증자한다는 얘기가 나왔다고 진술하고 있다.
- ④ 그리고 공소외 2의 부하직원으로서 공소외 2의 주식매수와 관련하여 창구역할을 한 피고인 2는, 수사기관에서는 공소외 4로부터 유상증자 얘거나 10억 원으로 증자한 후의 주식을 양도한다는 얘기를 듣지 못하였고, 대금 지급 당시(유상증자 전인 2000. 4. 25.)의 피고인 1의 주식을 양수하는 것으로 알고 있었다고 진술하다가, 1심 및 당심 법정에 이르러서는 공소외 4로부터 자본금 10억 원인 회사의 주식을 양도한다는 얘기를 들었고, 그 사실을 공소외 2에게 알려 주었다고 진술을 반복하고 있다.
- ⑤ 그러나 피해자 공소외 1은 수사기관 및 1심 법정에서, 주식 매수 전 회사의 현황과 전망을 듣는 자리에서 피고인으로부터 자본금을 10억 원으로 증자한 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고, 당시 피고인이 보유하고 있는 주식을 매수하는 방법으로 투자하는 것이라고 설명을 들었으며, 공소외 4로부터는 회사 주식의 6%(100만 주 중 6만 주)를 인수하게 된다고 들었다고 진술하고 있다.
- ⑥ 또한, 피해자 공소외 2은 일관하여, 피고인 2로부터 피고인이 소유하고 있는 자본금 5억 원인 회사의 기발행 주식 7만 주를 매수하는 것이라고 들었고, 유상증자를 통한 신주인수 얘기는 들어 보지 못하였다고 진술하고 있다.
- ⑦ 피고인, 공소외 4, 공소외 7, 피고인 2, 공소외 1, 공소외 2의 수사기관에서의 진술에 의하면, 공소외 1, 공소외 2은 2000. 4. 21. 내지 25.경 주식매수대금을 공소외 4를 통하여 피고인에게 지급하였고, 피고인은 작성일이 2000. 4. 25.로 된 공소외 3 주식회사 대표이사 피고인 1 명의의 '주식양도약정서'를 공소외 1, 공소외 2 측에게 교부하였는바, 위 '주식양도약정서'에는 주식의 액면가와 양도주식 수만 기재되어 있고, 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용은 기재되어 있지 않다.

다.

증거에 대한 판단

위에서 살펴 본 바와 같이 관련자들의 진술은 서로 배치되거나 전후 일관성이 없는 부분이 많아 그 신빙성 유무의 판단에 어려움이 있다.

그러나 앞에서도 언급한 것처럼 일반적으로 주식을 매매한다고 하면 이는 계약 체결 당시 이미 발행되어 있는 주식을 매매하는 것을 의미하므로 장차 유상증자 과정에서 발행되는 주식이 매매 목적물이라면 당사자 간에 그에 관한 명확한 언급이 있어야 할 텐데 매수자인 공소외 1, 공소외 2은 그러한 내용을 누구에게도 듣지 못하였다고 일관하여

진술하고 있고, 특히 공소외 1은 피고인을 만난 자리에서 증자 후의 주식을 매도하려 한다는 얘기를 듣지 못하였고 매매계약 당시의 피고인 소유 주식을 매도한다는 설명을 피고인으로부터 직접 들었다고 수사기관 및 1심 법정에서 분명히 진술하고 있으며, 그가 피고인의 처벌을 원하고 있지 않는 점에 비추어 볼 때 그 진술의 신빙성을 배척할 만한 별다른 사정을 찾아 볼 수 없고, 공소외 2의 진술도 그와 같은 맥락이어서 신빙성을 의심하기 어렵다.

또한, 매매 목적물이 계약 당시 발행되어 있는 주식이 아니라 장차 유상증자로 발행될 주식이라면, 그 특수성으로 인하여 거래에 참여한 자들이 그에 대하여 비교적 분명한 기억을 보유하는 것이 자연스러운 모습이라 할 텐데, 공소외 6이나 피고인 2는 수사기관에서 그에 대한 기억이 없거나 그런 얘기를 들어 본 적이 없고 대금 지급 당시의 주식을 매수하는 것으로 알았다고 진술하고 있는 점에 비추어 보면, 실제 이들이 유상증자 이후의 주식이 매매 목적물이라는 얘기를 듣지 못하였다고 판단되며, 따라서 이에 배치되는 이들의 원심 법정 또는 당심 법정에서의 진술은 믿을 수가 없다.

그리고 공소외 4가 공소외 6에게 유상증자한 후의 주식을 매도한다는 얘기를 하지 않았거나 그런 얘기를 했는지 기억나지 않는다고 진술하고 있는 점, 피고인이 공소외 4에게 교부한 회사의 사업계획서 등에 자본금이 5억 원으로 기재되어 있었을 뿐 5억 원 증자 예정인 사실은 기재되어 있지 않았던 점, 피고인이 유상증자 이전인 2000. 4. 25.자로 작성하여 피해자들에게 교부한 위 '주식양도약정서'에 발행주식 총수나 유상증자 후의 주식을 양도한다는 내용이 특별히 기재되어 있지 않은 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 유상증자한 후의 주식을 팔려고 한다는 점을 공소외 4에게 명확하게 얘기하지 않았고, 공소외 4 자신도 이미 발행되어 있는 피고인의 주식을 매도하는 줄 알았다는 취지의 공소외 4의 진술이 더 신빙성이 있고 그와 다른 취지의 공소외 4의 일부 진술은 믿을 수 없다.

#### 라. 소결

그렇다면, 피고인은 이 사건 주식거래 여부나 그 내용을 결정하는 데 중요한 사항이어서 고지의무가 있는 '매매목적물이 유상증자된 이후의 주식'이라는 점을 공소외 4이나 피해자 공소외 2, 공소외 1에게 제대로 알리지 않아 피해자들을 기망한 것으로 판단되고, 따라서 이와 결론이 다른 원심판결은 부당하고 검사의 항소는 이유 있다.

### 3. 공소장 변경에 따른 직권판단

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 사실오인 및 양형부당의 항소이유와 검사의 피고인 2에 대한 사실오인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대,

검사는 당시에 이르러 피고인 1에 대한 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 죄명을 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)으로 바꾸고, 적용법조를 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제2항에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항으로, 공소사실 1의 가항 중 "...도합 18억 원을 송금받았으면 액면가 초과금액인 17억 3,500만 원은 자본잉여금으로 회사에 입금하여 회사 사업목적으로 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 피고인 자신의 신주인수대금과 채무변제 등에 사용하여 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하고" 부분을 "...도합 18억 원을 송금받아 이를 업무상 보관하던 중 그 무렵 위 회사 사무실 등지에서 피고인 자신의 신주인수대금과 채

무변제 등에 임의로 사용하여 이를 횡령하고"로 각 변경하였으며,  
피고인 2에 대한 공소사실 중 "...공소외 4에게 송금케 하여 그 차액 3억 5천만 원을 편취한 것임" 부분을 "...공소외 4에게 송금케 하여 공소외 4 등으로 하여금 그 차액 3억 5천만 원을 취득케 함으로써 이를 편취한 것임"으로, 적용 법조를 형법 제347조 제1항에서 형법 제347조 제2항으로 바꾸는 것을 내용으로 하는 공소장변경신청을 하고, 이 법원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 변경되었는바,  
아래에서 보는 바와 같이 피고인 1, 피고인 2에 대한 변경된 공소사실에 대하여 각 일부 유죄를 인정하는 바이므로, 피고인 1 및 검사의 위 항소이유를 판단할 것 없이 피고인들에 대한 원심판결은 전부 파기를 면할 수 없다.

#### 4. 결론

따라서, 형사소송법 제364조 제2항을 적용하여 원심판결 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대한 부분과 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 같은 조 제6항을 적용하여 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분을 파기하기로 하여 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.