

특정 경제 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위반(횡령)·특정 경제범죄 가중처벌등에 관한 법률 위반(배임)·업무상 횡령[일부 인정된 죄명 특정 경제범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(횡령)]·증권 거래법 위반·자본 시장과 금융 투자업에 관한 법률 위반·공전자 기록등 불실 기재·불실 기재 공전자 기록등 행사·상법 위반



[서울고등법원 2011. 2. 17. 2010노2573]

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 검사 외 7

【검 사】 김명희

【변 호 인】 법무법인 바른 담당변호사 최영로 외 19인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2010. 9. 3. 선고 2010고합280, 282(병합) 판결

【주문】

】

원심 판결 중 피고인 1, 2(대법원판결의 원심 공동피고인 1), 3(대법원판결의 원심 공동피고인 2), 8, 피고인 9(대법원판결의 원심 공동피고인 3)에 대한 부분을 파기한다.

피고인 1을 징역 5년, 피고인 2, 3, 8을 각 징역 3년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 피고인 2, 8에 대하여 각 5년간, 피고인 3에 대하여 4년간 각 형의 집행을 유예한다.

피고인 3에 대하여 240시간의 사회봉사를 명한다.

피고인 9는 무죄.

검사의 피고인 5, 6, 피고인 7 주식회사(대법원판결의 피고인 2)에 대한 항소 및 피고인 4, 5, 피고인 7 주식회사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유 요지

가. 피고인들

피고인 1, 2, 8, 9는 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 4, 5, 피고인 7 주식회사는 양형부당을 이유로 항소하였다.

나. 검사

검사는 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대하여 각 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 3, 5, 6에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다.

## 2. 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

### 가. 피고인 1, 2

1) 피해자 공소외 1 주식회사를 상대로 한 166억 1,800만 원 횡령 부분 중 원심 별지 범죄일람표1 기재 순번 6, 15, 29 횡령에 대하여

가) 피고인 1, 2는 원심 별지 범죄일람표1 순번 6 기재 공소외 5 주식회사 사업경비로 사용한 2억 5,000만 원은 공소외 1 주식회사의 자회사에 대한 사업경비 지원 명목으로 지급한 것이어서 횡령에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 위 피고인들은 2008. 10.경 공소외 5 주식회사의 자금 15억 원을 빼내어 원심 범죄사실 Ⅱ. 4항 및 VI. 2항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 피고인 2의 공소외 59 증권 대출금 상환에 이용하였다가 막상 공소외 5 주식회사의 사업경비가 모자라자 위와 같이 공소외 1 주식회사 돈 2억 5,000만 원을 공소외 5 주식회사에 지급한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 공소외 5 주식회사에 지급한 돈의 명목이 어떠한 간에 피고인들은 공소외 1 주식회사 돈을 필요에 따라 마치 자신들의 돈인 양 사용한 것으로 보이고 이는 충분히 횡령죄에 해당한다.

나) 피고인들은 피해자 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 유상증자 대금으로 사용한 자금은 피고인들이 횡령한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 1 주식회사의 자금 6억 원이 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사의 유상증자에 참여한 자금으로 사용된 사실은 인정된다.

그러나 한편, 앞서 든 증거들 및 피고인 3의 당심에서의 진술에 의하면 공소외 6 주식회사나 공소외 7 주식회사는 피해자 공소외 1 주식회사가 투자한 자회사인 사실, 공소외 1 주식회사는 공소외 8 유한회사와 함께 50%씩 지분으로 공소외 7 주식회사를 인수하였는데 공소외 7 주식회사가 유상증자를 하자 그 지분 확보를 위해 공소외 6 주식회사 명의로 공소외 7 주식회사 유상증자에 참여한 사실을 인정할 수 있으므로 앞서 든 사실만으로 피고인들이 유상증자에 제공된 자금을 횡령한 것이라 할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그러므로 이 점을 지적한 피고인 1, 2의 항소는 이유 있고, 원심의 이 부분 판단은 부당하다.

다) 피고인 1은 원심 별지 범죄일람표1 순번 29 기재 피고인 7 주식회사가 발행한 워런트를 인수하였던 공소외 9 주식회사에게 위 피고인이 그 인수자금을 지급하여 횡령하였다는 범죄사실은 그 당시 피고인 1이 잠적 중이어서 그 행위에 가담한 바가 없으므로 피고인 1에게 그 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인들이 공소외 9 주식회사에게 워런트를 발행할 때 이미 공소외 9 주식회사에게 그 인수대금을 지급하기로 약정하였고 이 약정에 따라 위와 같이 공소외 1 주식회사 자금으로 인수대금을 교부한 사실을 알 수 있으므로 피고인 1이 인수대금 교부시에 잠적 중이었다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

2) 상환을 완료하였으므로 불법영득의사가 없다는 주장에 대하여

피고인 1, 2는 피고인들에 대한 원심 별지 범죄일람표1 순번 1, 2, 4, 7, 11, 13, 24, 28 기재 횡령금원과 원심 범죄사실 Ⅱ. 3항, Ⅱ. 4항 기재 횡령금원, 피고인 2에 대한 VI. 2항, 3항의 횡령 금원은 모두 피해자들에게 상환되었고 일부 금원은 당일 날 또는 단기간 내에 상환되었을 뿐만 아니라 이는 대부분 피해자들로부터 돈을 교부받을 당시부터 약정한 상환계획에 따라 상환되었으므로 피고인들이 위 자금들을 피해자들로부터 교부받아 다른 곳에 잠시 사용하였다고 하더라도 피고인들에게 불법영득의사를 인정할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 원심이 적절하게 판시한 바와 같이 피고인들이 피해자들의 자금을 사용하게 된 경위, 과정, 자금 사용 횟수 및 액수, 피해자들로부터 자금 인출시 정당한 절차를 거쳤는지 여부, 자금 사용처, 피고인들과 피해자들과의 관계 등 제반사정을 종합하면 피고인들은 피해자 공소외 1 주식회사와 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사의 자금을 마치 피고인들 소유인 것처럼 사용한 사실을 알 수 있으므로 그 자금이 단기간 내에 상환되었다 하더라도 피고인들에게 불법영득의사가 있었음을 넉넉히 인정할 수 있다.

나. 피고인 1

1) 공소외 3과 원금보장약정 하에 체결한 금전소비대차약정에 의한 배임 부분

가) 피고인은 원심 범죄사실 IV. 1항 기재와 같이 피해자 피고인 7 주식회사에게 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 한 것은, 피고인 7 주식회사가 일본의 공소외 11 주식회사로부터 투자를 받으면서 공소외 1 주식회사의 지분을 30%까지 확보하고 공소외 2 주식회사를 합병하기로 약정하였기 때문에 경영상의 필요에 의하여 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사에 대한 우호지분을 확보하기 위해 공소외 3으로부터 주식매수자금을 지원받기 위한 것이었으므로 이는 피고인 7 주식회사의 이익을 위한 것이어서 배임죄에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 일본 공소외 11 주식회사에게 전환사채 250억 원을 발행하고 그 사채대금을 지급받으면서 그 조건으로 공소외 11 주식회사와 사이에 피고인 주장과 같은 약정을 한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 공소외 3과 맺은 금전소비대차계약은 공소외 3이 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사에게 주식매수자금을 빌려주되 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 담보로 제공하는 현금의 3배에 달하는 액수만큼 공소외 3이 주식을 매수해 주기로 하고 그 약정 원리금은 3개월 내에 정산하기로 하는 내용임을 알 수 있어 이는 단기간에 주식을 대량으로 매수하기 위한 자금을 융통하는 계약으로 보이고 결국 공소외 3이 매수한 주식은 그 원리금 정산을 위하여 단기간 내에 매각되어야 하므로 피고인이 주장하는 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 지분 확보를 위한 주식 매집과는 거리가 있다.

오히려 원심이 적절하게 판시하였다시피 피고인은 2008. 4.경 증권사 설립을 위한 자금 마련을 위해 공소외 2 주식회사의 유상증자를 실시하면서 개인적으로 유상증자에 참여한 투자자들에게 투자금에 대한 원리금을 보장하였는데 이 투자자들의 원금 보전 요구 또는 보유 주식 매수요구를 막기 위하여 공소외 2 주식회사의 주가 관리가 필요하였던 사실을 인정할 수 있으므로 피고인은 이러한 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사의 주가 관리를 위하여

주식을 매수할 필요가 있었고 이를 위하여 공소외 3과 원심 판시와 같은 금전소비대차계약을 체결한 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 3을 통한 위와 같은 형태의 주식매수가 피고인 7 주식회사의 경영상 필요한 것으로 보이지 않으므로 피고인이 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주가 하락에 따른 위험부담을 고스란히 피고인 7 주식회사에 부담시킨 피고인의 판시 채무부담행위는 피고인 7 주식회사에 대하여 배임죄를 구성한다.

나) 피고인은 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약은 주가조작이라는 범죄를 실행하기 위한 자금을 대여하는 계약으로서 민법 제103조의 반사회질서에 해당하는 무효의 계약일 뿐만 아니라 피고인은 대표권을 남용하여 이러한 계약을 체결하였으며 공소외 3도 이를 알고 있어 이러한 점에서도 이 계약은 무효이므로 결국 피고인 7 주식회사에게는 아무런 손해가 발생하지 않는다고 할 것이어서 배임죄가 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 원리금 보장 약정 하에 공소외 3이 제공한 자금이 주가관리에 사용되었다는 사정만으로 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약이 무효라고 단정할 수 없고, 피고인이 대표권을 남용하고 공소외 3이 이를 알았다는 점을 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 금전소비대차계약이 민사상 무효인지 여부와는 관계없이 이 금전소비대차 계약으로 피고인 7 주식회사에게 이자 부담 또는 주가하락으로 인한 경제적인 손해가 발생할 위험이 생겼음이 분명하므로 피고인의 이 주장은 이유 없다.

다) 한편, 피고인이 피고인 7 주식회사로 하여금 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 함으로써 배임죄가 성립된 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차약정은 7회에 걸쳐 체결된 사실을 인정할 수 있으므로 이에 대한 배임죄는 포괄하여 1죄로 성립하고, 피고인과 공소외 3 사이의 약정에 의하면 공소외 3으로서는 대출금을 현실적으로 지급하는 것이 아니라 현금 담보의 3배에 해당하는 금액만큼 주식을 매수하여 매수 주식을 담보로 확보한 다음 만기에 원리금을 정산하게 되므로, 피고인의 배임행위인 위 약정에 따라 공소외 3이 얻는 실질적인 이득은 대출원리금에서 현금 및 매수 주식 처분 금액을 공제한 나머지 금액이라고 봄이 상당하므로 이로 인하여 공소외 3이 취득한 이득액은 7회에 걸친 금전소비대차약정의 정산에 따라 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 지급하여야 하는 금액으로 보아야 한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 1, 2, 3회 금전소비대차약정에 따른 정산은 4회 금전소비대차약정으로 대체하였고, 4회 금전소비대차약정에 따른 5차 정산에서 피고인 7 주식회사는 공소외 3에게 582,948,894원을, 5회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 472,039,041원을, 6회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 107,915,922원을, 7회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 317,706,346원을 각 지급하여야 하므로 공소외 3은 주가하락으로 자신이 손해 입을 것을 피고인 7 주식회사로부터 보전받게 되어 결국 공소외 3이 취득한 이득액은 위 금원 합계 1,480,610,203원이 된다.

이와 달리 공소외 3이 취득한 이득액이 7회에 걸친 각 금전소비대차약정서의 공증금액의 단순합계인 542억 7,000만원이라는 원심판단은 이와 그 결론을 달리하여 부당하므로 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

## 2) 공소외 12 주식회사 BW 매도대금 관련 항령 부분

피고인은, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 당시 인수대금 중 12억 원이 부족하자 이를 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사가 발행한 CB를 인수하면서 공소외 13 주식회사에 지급하였던 CB 대금을 일단 다시 돌려받아 피고인 7 주식회사 대신 인수잔금으로 지급하여 해결하였는데 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사에 그 대금을 반환하여야 하게 되자, 피고인은 원심 판시 IV. 2항 기재와 같이 피고인 7 주식회사가 보유하고 있던 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 다음 그 대금을 공소외 13 주식회사에 지급함으로써 결국 이 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 공소외 13 주식회사에 지급한 것은 피고인 7 주식회사가 애초에 부담하였어야 할 공소외 2 주식회사 인수잔금을 지급한 것이 되었으므로 피고인이 피고인 7 주식회사의 돈을 횡령한 것은 아니라고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거에 의하면 피고인은 위와 같이 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장한 사실을 인정할 수 있는데, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수하면서 인수대금 중 미지급대금이 남아 있었으면 회계기록에 남아 있었거나 적어도 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장할 필요가 없었을 것인 점, 공소외 2 주식회사가 회계처리 없이 인수대금을 책임질 이유가 없는 점 등을 감안하면 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 때 인수대금 중 미지급한 대금이 있었다는 점에 부합하는 피고인 1의 진술과 증인 공소외 14의 진술은 쉽게 믿기 어렵고, 달리 피고인의 위와 같은 주장을 인정할 수 없으며, 이러한 사정이 인정되지 않은 이상 판시 범죄사실은 충분히 인정된다.

## 3) 공소외 15 주식회사 유상증자 대금 항령 부분

피고인은 피고인 7 주식회사가 공소외 16 명의를 빌려 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이지 피고인이 그 유상증자 대금을 횡령한 것이 아니라고 한다.

살피건대, 원심이 적절히 판단하였다시피 유상증자 받은 공소외 16 명의의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있기는 하였으나 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사의 유상증자에 참여할 경영상의 필요나 이유가 있음을 인정할 아무런 자료가 없으므로 공소외 16의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있었다고 하여 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이라고 볼 수 없다.

## 4) 증권거래법위반의 점

### 가) 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 통정매매를 하였다는 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 3은 앞서 본 바와 같이 7회에 걸쳐 피고인에게 주식매수자금을 대여하되 그 대여금액만큼 공소외 3이 주식을 매수하였고, 그 기간에 피고인 또한 자신이 관리하는 증권계좌로

같은 주식의 매도주문을 내어 둘 사이에 주식매매계약이 수회 체결된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 통정매매가 성립하기 위해서는 피고인과 공소외 3이 주식 매도수량, 매매시간, 매매금액에 대한 의견을 교환하여 매매를 체결하였다는 사실이 인정되어야 하는데 앞에서 인정한 사실만으로 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없고 다만, 공소외 3이 피고인과의 계약에 따라 일정량의 주식을 계속 매수하고 있었기 때문에 피고인 1의 매도주문에 의하여 우연히 거래가 체결된 것에 불과할 뿐이다.

#### 나) 사기적 부정거래 사실

피고인 1은 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 사기적 부정거래를 한 사실이 없다고 주장한다.

이 부분에 관하여 원심이 자세하게 살폈는바, 피고인 1은 자신이 운영하는 회사의 자금유통, 담보주식의 반대매매 방지 등을 위하여 주가 하락을 방지하거나 주가를 부양할 수 있는 주식 매수자금에 필요했고, 공소외 3은 이러한 피고인의 필요에 응하여 주식을 매수하되 그 계산은 피고인에게 돌림으로써 주식거래에 따른 위험을 부담하지 않고 주식 매수 등 주식거래를 할 수 있게 되었으며, 이에 따라 피고인으로서도 자회사에 대한 자사주 매입 제한을 회피하고 대주주의 주식 취득에 따르는 공시의무를 회피하면서 적은 돈으로 대량의 회사 주식을 매입하거나 유상증자를 할 수 있게 되어 실질은 회사가 자사주를 취득하거나 대주주가 주식을 취득한 것임에도 주식 시장에서는 제3자의 자금이 정상적으로 투자, 유입되었거나 외국인 자금이 투자, 유입된 양 가장하여 주가관리를 할 수 있게 되었다. 그런데 이와 같은 거래는 주식거래 시장에서 투자자들로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 자본시장에서 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에 손해를 전가하여 자본시장의 공정성 신뢰성 및 효율성을 해치게 된다.

그렇다면 사인간의 원리금보장약정에 의한 주식인수나 유상증자가 금지되지 않고 차명증권계좌를 이용한 주식거래가 허용된다고 하더라도 피고인과 공소외 3과의 약정에 의한 위와 같은 주식거래 행위는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항에서 규정하고 있는 '금융투자상품의 매매와 관련하여 부정한 수단이나 기교를 사용하는 행위' 및 '위계의 사용'에 해당된다.

따라서 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

5) 피해자를 공소외 17 주식회사로 한 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분

피고인 1은 공소외 17 주식회사가 정상적인 절차에 의하여 11억 원을 공소외 18 주식회사에 교부한 것으로 알고 있었으며 그에 대한 담보로 공소외 17 주식회사에 공소외 19 주식회사 주식을 제공하였으므로 피고인에게는 이 자금 11억 원에 대한 불법영득의사가 없었고, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분에 관하여는 피고인 1이 피고인 8에게 공소외 20을 소개하였을 뿐 신주인수권 불행사 합의에 관여하지 않았다고 주장한다.

살피건대, 원심은 이 주장에 대하여 상세히 판단하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 1 주식회사의 자금 10억 원을 횡령하여 공소외 21에게 인수대금 일부로 지급하면서 곧바로 공소외 17 주식회사로부터 그 돈을 반환받을 것을 알고 있었던 점, 위 30억 원은 피고인 1이 공소외 17 주식회사를 인수할 때 빌린 돈을 갚는데 사용된 점 등 기록에 의하여 인정되는 제반 사정에 비

추어 보면 원심판단은 정당하고 피고인의 항소는 이유 없다.

나. 피고인 8

1) 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 17 주식회사가 소유한 공소외 22 주식회사 주권 1,950만 주를 공소외 23에게 담보로 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수 과정에 참여하였을 뿐이고 인수가 끝난 상태가 아니어서 공소외 22 주식회사 주권의 보관자 지위에 있지도 않았으며 피고인 1이 이 주권을 담보로 제공할지 몰랐다고 주장한다.

살피건대, 원심이 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 피고인 8과 피고인 1, 제1심 공동피고인 10이 공소외 17 주식회사를 인수하면서 공소외 23으로부터 돈을 빌리고 그에 대한 담보로 위 주권을 제공하기로 한 사실이 충분히 인정되므로 원심 판단은 정당하고 위 피고인의 주장은 이유 없다.

피고인 8은 이 사건 공소외 17 주식회사 인수는 이른바 LBO 방식에 의한 것으로 피고인에게 배임이 성립되는 것은 별론으로 하고 횡령죄는 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 공소외 17 주식회사에 대한 인수계약이 정상적인 LBO 방식에 의한 인수계약이라 할 수 없고, LBO 방식에 의한 인수계약이라고 하여 횡령이 성립하지 않는다고 할 수 없을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 피고인, 피고인 1, 제1심 공동피고인 10에게 공소외 22 주식회사 주권 보관자의 지위가 충분히 인정되므로 피고인의 이 주장 또한 이유 없다.

2) 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분

피고인 8은 공소외 22 주식회사 주주총회가 열린 2009. 3. 24. 이후로는 공소외 17 주식회사에 대한 경영권에서 배제 되었으므로 2009. 3. 26. 행해진 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분에 대하여는 위 피고인에게 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

그러나 원심이 적절하게 판단하였다시피 피고인 8, 1, 제1심 공동피고인 10은 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 21에게 10억 원을 우선 지급한 다음 이를 공소외 17 주식회사 자금으로 공소외 1 주식회사에 반환하기로 협의 하였던 점 등에 비추어 보면 판시 범죄사실이 충분히 인정된다.

3) 공소외 17 주식회사 양도 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사를 공소외 24에게 양도하는 업무를 맡으면서 공소외 17 주식회사가 보유하던 실물자산인 공소외 22 주식회사 주권을 공소외 24에게 확인시켜 주었을 뿐, 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌리는 데에 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하기로 합의한 사실이 없다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수자인 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌릴 때 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하는 데에 협조한 사실이 충분히 인정되고 이러한 취지로 상세히 판시한 원심 판단은 정당하다.

4) 제1심 공동피고인 10에게 공소외 25 주식회사 돈 60억 원을 빌려주어 배임한 부분 및 공소외 25 주식회사 유상증자대금 60억 원 횡령부분

피고인 8은 피고인 2의 지시에 따라 제1심 공동피고인 10이 운영하는 공소외 26 주식회사를 인수하기 위하여 그 인수대금을 지급한 것이고, 60억 원을 공소외 23에게 갖다 준 것은 맞지만 그 돈이 공소외 25 주식회사 유상증자대금인 줄 모르고 단순히 심부름만 하였을 뿐이라고 주장한다.

살피건대, 원심은 이에 대하여 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 그 판단은 정당하고 피고인의 주장은 이유 없다.

다.

피고인 9

피고인 9에 대한 상법위반과 공전자기록등불실기재 및 행사의 점에 관한 공소소사실의 요지는 ' 피고인 9는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 공소외 22 주식회사의 일반공모 유상증자와 관련하여 유상증자 자본금의 납입을 가장하기로 공모하여, 피고인 9는 피고인 8에게 70억 원을 대여하고 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 공소외 18 주식회사 등 6명의 명의로 유상증자 청약대금으로 입금한 다음 주금납입보관서를 발급받아 발행주식 총수를 변경하는 등기를 하고 75억 원을 자기앞수표로 출금하여 피고인 9에게 교부함으로써 주금납입을 가장하였다'는 것이다.

살피건대, 상법 제628조에 해당하는 납입가장죄는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 납입을 가장하는 행위를 한 때에 성립하는 것이다.

그런데 피고인 9는 공소외 22 주식회사에서 위와 같은 지위에 있지 아니할 뿐만 아니라 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입 가장을 하도록 범의를 유발시킨 것도 아니고, 이미 가장납입 행위를 하기로 마음먹고 있는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10에게 그 대금을 대여해 준 것에 불과하다.

위 피고인이 피고인 8이 증권회사에 유상증자 대금 70억 원을 납입할 때 피고인 8과 동행하여 그 증권계좌들을 담보로 제공받은 사실은 인정되나 이는 대여금의 확실한 회수를 위한 조치였던 것으로 보일 뿐이고, 이 외에 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 함께 납입가장 행위에 가담하는 다른 적극적인 행위를 하였다는 점을 인정할 수 없는 이상 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입가장을 하기 위해 돈을 빌린다는 것을 알고 돈을 빌려 주었다는 사정만으로 피고인 9에게 납입가장죄에 대한 공동정범으로서의 죄책을 물을 수 없고 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.



나아가 납입가장 후의 증자 등기 신청으로 인한 공전자기록불실기재 및 행사죄에 대하여 납입대금을 대여하였음에 불과한 피고인 9 피고인에게 등기신청 행위에 대한 공동정범으로서의 기능적 행위지배가 있었다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

이 점을 지적하는 피고인 9의 항소는 이유 있고 이 부분 원심판결은 부당하다.

라. 검사의 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대한 사실오인 주장

검사는 피고인 1이 주식에 대한 시세조종행위로 35억 1,800만 원 상당의 부당이득을 취득하였다고 주장한다.

이에 대하여 원심이 자세하게 판단하였는바 시세조종으로 공소외 4 주식회사 명의 계좌에서 발생한 이익은 공소외 4 주식회사에 귀속된 것으로서 이를 피고인 1이 취득한 것으로 볼 수 없고, 각 증권계좌에서 주식이 실물로 입고, 출고 되었다는 사정만으로 그 주식이 입출고 된 날의 종가로 취득되었거나 처분되었다고 단정할 수 없는 점 등에 비추어 보면 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 시세조종을 통하여 35억 1,800만 원의 이득을 취하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 원심 판단은 정당하다.

### 3. 검사와 피고인들의 각 양형부당 주장에 대한 판단

검사는 피고인 1(징역 7년), 피고인 3(징역 3년에 집행유예 4년), 피고인 5(징역 1년에 집행유예 2년), 피고인 6(징역 1년), 피고인 7 주식회사(벌금 5억 원)에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 주장하고, 피고인 1, 2(징역 4년), 피고인 4(징역 1년 6월에 집행유예 3년), 피고인 5, 피고인 7 주식회사, 피고인 8(징역 5년), 피고인 9(징역 1년에 집행유예 2년)는 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 주장한다.

#### 가. 피고인 1

피고인 1은 피고인 7 주식회사를 통하여 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사에 대한 지배력을 강화하고 증권회사를 설립할 목적으로無理하게 회사를 인수하고 원리금보장 하에 유상증자를 실시하였으며 그 자금을 마련하기 위해 보유 주식을 담보로 대출 받고 각 자회사의 자금을 돌려막기 식으로 무분별하게 사용하였으며 새로운 자금원을 확보하기 위해 사채까지 빌려 기업인수를 단행하고 인수대상 기업의 자산을 담보로 제공함으로써 그 기업의 부실을 초래하였다.

또한 관계 회사들의 주가하락으로 인한 담보주식의 반대매매와 투자자들의 원리금 보장 요구를 막기 위하여 장기간 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주식에 대한 시세조종을 하였고 그 시세조종 자금에 관계 회사들의 자금을 무분별하게 사용하였다.

이러한 피고인의 행위에 의하여 외견상 드러나는 횡령, 배임 액수가 상당한 금액에 이르고 공소외 17 주식회사는 파산에 이르게 되었다.

그러나 한편, 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사, 피고인 7 주식회사에서 횡령한 금액 중 상당 부분은 상환되었거나 회복된 것으로 보이는 점, 공소외 3과의 관계에서 피고인 7 주식회사에게

실제 손해를 입힌 금액은 앞서 본 바와 같이 14억여 원인 점, 이러한 범행들로 인하여 피고인 1이 개인적으로 얻은 이익은 별 없어 보이는 점, 음주운전으로 인한 벌금 전과 외에 별다른 범죄전력이 없는 점, 깊이 뉘우치고 있는 점 등이 인정된다.

여기에도가 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면 피고인 1에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 나. 피고인 2

피고인 2는 공소외 1 주식회사 및 관계회사들을 실질적으로 지배하고 있고 피고인 2의 승인 및 묵인이 없으면 피고인 1, 3, 8 등이 판시 범행을 저지를 수 없다.

그러나 피고인 2가 각 범행에 적극적이고 주도적으로 가담한 것으로 보이지는 않은 점, 피고인 2가 보유하던 주식의 대부분이 회사 자금유통을 위한 담보로 제공되었고 이 사건으로 인하여 대부분의 자산을 잃은 점, 자신이 일으키고 오랫동안 경영해 오던 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 상실한 점, 나이가 많고 건강상태가 좋지 않은 점, 이 사건 범행으로 개인적으로 얻은 이익이 별 없는 점, 같은 사건으로 아들까지 재판받고 구속되어 있는 점 등을 감안하면 피고인 2에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

다.

#### 피고인 3

피고인 3은 공소외 1 주식회사와 그 자회사의 자금을 총괄 관리하면서 자금 유출에 주도적으로 관여하였고 그 액수도 상당액에 이르며 피고인 1의 주식 시세조종에도 가담한 점 등에 비추어 그 죄질 및 범정이 가볍지 않다.

그러나 피고인이 잘못을 뉘우치고 있고 아무런 전과 없으며, 공소외 1 주식회사의 운영자인 피고인 2, 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 범행에 가담하게 된 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 3에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지 않는다.

#### 라. 피고인 4

피고인 4는 아무런 전력이 없고 증권회사에 근무하는 상담사로서 고객인 피고인 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 주식 시세조종에 가담하였으며 주식거래에 따른 수수료 외에 다른 이익을 취득하지 않았고, 잘못을 뉘우치고 있으며 공소외 2 주식회사의 대표이사에 취임하여 성실히 회사를 위하여 노력하였으며 공소외 2 주식회사의 대주주인 공소외 11 주식회사가 선처를 구하고 있는 사실이 인정된다

그러나 이 사건 주식 시세조종행위는 주식거래 시장에서 수요와 공급에 따른 공정한 가격 형성을 방해하여 건전한 주식시장의 육성 및 발전을 저해하고 이로 인한 기업들의 자금조달을 어렵게 하여 국가경제 발전에 해를 끼칠 뿐만 아니라 주식거래에 참여하고 있는 불특정 다수의 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입힘으로써 자본시장의 공정성, 신뢰성, 효율성을 방해한다는 점에 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 4는 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아 마땅하다.

이러한 여러 사정을 감안하면 원심의 형이 무거워 부당해 보이지 않는다.

마. 피고인 5

앞서 본 바와 같이 시세조종행위의 해악 등에 비추어 보면 피고인 5의 행위 또한 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 5도 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아야 마땅할 뿐만 아니라 주식거래에 따른 위험을 전혀 부담하지 않고 주식거래를 하여 시세조종행위에 대한 위험성이 더욱 크며 약속받은 투자금에 대한 이자도 적다고 할 수 없다.

그러나 한편, 피고인은 아무런 범죄전력이 없으며 피고인 1의 요청에 의하여 이 사건 범행에 가담하게 되었고 적극적으로 시세를 끌어 올리기 위해 개개의 주식 매수 행위에 나아간 것으로 보이지는 않는 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 감안하면 피고인 5에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

바. 피고인 6, 피고인 7 주식회사

피고인들이 이 사건 범행에 이른 경위, 과정, 취득한 이익 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 6에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지는 않고, 피고인 7 주식회사에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

사. 피고인 8

피고인 8의 이 사건 횡령, 배임으로 인한 이득액의 합계가 거액이 이르고 공소외 17 주식회사의 인수 및 매각 과정을 주도하면서 공소외 17 주식회사의 자산을 담보로 제공하여 회사를 파산 상태에 이르게 하였으며, 공소외 25 주식회사의 자금을 정상적인 절차를 거치지 않고 대여금 등으로 유출해 그 경영에 큰 타격을 입힌 점에 그 죄질 및 범정이 좋지 않다.

그러나 한편, 피고인 8이 상당한 권한을 가지고 공소외 17 주식회사의 양수도 및 공소외 25 주식회사의 경영에 적극적으로 개입한 것으로 보이기is 하나, 피고인 2로부터 독립하여 자신의 자금을 가지고 독자적으로 공소외 17 주식회사의 매수 및 매도와 공소외 25 주식회사의 운영에 관여한 것으로 보이지는 않고 피고인 2와 피고인 1의 지시 및 묵인 하에 판시 각 범행을 한 것으로 보이는 점, 판시 각 범행으로 인하여 피고인 8이 개인적으로 취득한 이익은 별로 없는 것으로 보이는 점, 공소외 17 주식회사 양수도와 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하게 된 경위에 다소 참작할 바가 있고 공소외 17 주식회사를 피해자로 한 각 횡령죄와 배임죄로 인한 이득은 결국 피고인 2, 1이 운영하는 ○○○○그룹에 귀속한 점, 공소외 25 주식회사 운영자금과 관련하여 제1심 공동피고인 10에 대여한 60억 원은 다시 반환되었고 공소외 41 주식회사에 대여한 금액은 피고인 8과 피고인 2 사이에 다툼은 있으나 이에 의하여 피고인 8이 개인적인 이익을 취한 것으로 보이지는 않는 점, 공소외 25 주식회사 유상증자 대금 횡령금은 공소외 17 주식회사를 인수할 때에 계약금을 빌린 공소외 23에 대한 채무변제에 사용된 점 등을 알 수 있다.

그렇다면 피고인 8이 이 사건 각 범행의 전면에 나서 상당한 금액에 이르는 돈을 횡령하고, 피해자 회사들에 손해를 입혔으나 결국 그 이익의 귀속주체는 대부분 ○○○○그룹이고 ○○○○그룹의 자금 없이는 피고인 8이 공소외 25 주식회사나 공소외 17 주식회사를 인수하거나 운영에 관여할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때 피고인 8은 전체적으로 보아 피고인 2와 피고인 1의 지시에 따라 이 사건 범행을 저지른 것으로 보인다.

이러한 제반 사정을 모두 종합해 보면 피고인 8에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 4. 결론

그렇다면 피고인 1, 2의 일부 사실오인, 법리오해 주장 및 양형부당 주장, 피고인 8의 양형부당 주장, 피고인 9의 사실오인 및 법리오해 주장은 각 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1, 2, 8, 9에 대한 부분을 각 파기하고, 사실오인 주장이 이유 있는 것으로 인정된 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 범죄 사실에 대하여는 피고인 3도 피고인 1, 2와 공범으로 기소되었으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 직권으로 파기하여, 각 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 나머지 피고인들과 검사의 항소는 모두 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 각 기각한다.

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유 요지

###### 가. 피고인들

피고인 1, 2, 8, 9는 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 4, 5, 피고인 7 주식회사는 양형부당을 이유로 항소하였다.

###### 나. 검사

검사는 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대하여 각 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 3, 5, 6에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다.

##### 2. 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

###### 가. 피고인 1, 2

1) 피해자 공소외 1 주식회사를 상대로 한 166억 1,800만 원 횡령 부분 중 원심 별지 범죄일람표1 기재 순번 6, 15, 29 횡령에 대하여

가) 피고인 1, 2는 원심 별지 범죄일람표1 순번 6 기재 공소외 5 주식회사 사업경비로 사용한 2억 5,000만 원은 공소외 1 주식회사의 자회사에 대한 사업경비 지원 명목으로 지급한 것이어서 횡령에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 위 피고인들은 2008. 10.경 공소외 5 주식회사의 자금 15억 원을 빼내어 원심 범죄사실 Ⅱ. 4항 및 VI. 2항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사 주식 매

수 및 피고인 2의 공소외 59 증권 대출금 상환에 이용하였다가 막상 공소외 5 주식회사의 사업경비가 모자라자 위와 같이 공소외 1 주식회사 돈 2억 5,000만 원을 공소외 5 주식회사에 지급한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 공소외 5 주식회사에 지급한 돈의 명목이 어떠한 간에 피고인들은 공소외 1 주식회사 돈을 필요에 따라 마치 자신들의 돈인 양 사용한 것으로 보이고 이는 충분히 횡령죄에 해당한다.

나) 피고인들은 피해자 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 유상증자 대금으로 사용한 자금은 피고인들이 횡령한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 1 주식회사의 자금 6억 원이 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사의 유상증자에 참여한 자금으로 사용된 사실은 인정된다.

그러나 한편, 앞서 든 증거들 및 피고인 3의 당심에서의 진술에 의하면 공소외 6 주식회사나 공소외 7 주식회사는 피해자 공소외 1 주식회사가 투자한 자회사인 사실, 공소외 1 주식회사는 공소외 8 유한회사와 함께 50%씩 지분으로 공소외 7 주식회사를 인수하였는데 공소외 7 주식회사가 유상증자를 하자 그 지분 확보를 위해 공소외 6 주식회사 명의로 공소외 7 주식회사 유상증자에 참여한 사실을 인정할 수 있으므로 앞서 든 사실만으로 피고인들이 유상증자에 제공된 자금을 횡령한 것이라 할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그러므로 이 점을 지적한 피고인 1, 2의 항소는 이유 있고, 원심의 이 부분 판단은 부당하다.

다) 피고인 1은 원심 별지 범죄일람표1 순번 29 기재 피고인 7 주식회사가 발행한 워런트를 인수하였던 공소외 9 주식회사에게 위 피고인이 그 인수자금을 지급하여 횡령하였다는 범죄사실은 그 당시 피고인 1이 잠적 중이어서 그 행위에 가담한 바가 없으므로 피고인 1에게 그 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인들이 공소외 9 주식회사에게 워런트를 발행할 때 이미 공소외 9 주식회사에게 그 인수대금을 지급하기로 약정하였고 이 약정에 따라 위와 같이 공소외 1 주식회사 자금으로 인수대금을 교부한 사실을 알 수 있으므로 피고인 1이 인수대금 교부시에 잠적 중이었다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

2) 상환을 완료하였으므로 불법영득의사가 없다는 주장에 대하여

피고인 1, 2는 피고인들에 대한 원심 별지 범죄일람표1 순번 1, 2, 4, 7, 11, 13, 24, 28 기재 횡령금원과 원심 범죄사실 Ⅱ. 3항, Ⅱ. 4항 기재 횡령금원, 피고인 2에 대한 VI. 2항, 3항의 횡령 금원은 모두 피해자들에게 상환되었고 일부 금원은 당일 날 또는 단기간 내에 상환되었을 뿐만 아니라 이는 대부분 피해자들로부터 돈을 교부받을 당시부터 약정한 상환계획에 따라 상환되었으므로 피고인들이 위 자금들을 피해자들로부터 교부받아 다른 곳에 잠시 사용하였다고 하더라도 피고인들에게 불법영득의사를 인정할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 원심이 적절하게 판시한 바와 같이 피고인들이 피해자들의 자금을 사용하게 된 경위, 과정, 자금 사용 횟수 및 액수, 피해자들로부터 자금 인출시 정당한 절차를 거쳤는지 여부, 자금 사용처, 피고인들과 피해자들과의 관계 등 제반사정을 종합하면 피고인들은 피해자 공소외 1 주식회사와 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사의 자금을 마치 피고인들 소유인 것처럼 사용한 사실을 알 수 있으므로 그 자금이 단기간 내에 상환되었다 하더라도 피고인들에게 불법영득의사가 있었음을 넉넉히 인정할 수 있다.

#### 나. 피고인 1

##### 1) 공소외 3과 원금보장약정 하에 체결한 금전소비대차약정에 의한 배임 부분

가) 피고인은 원심 범죄사실 IV. 1항 기재와 같이 피해자 피고인 7 주식회사에게 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 한 것은, 피고인 7 주식회사가 일본의 공소외 11 주식회사로부터 투자를 받으면서 공소외 1 주식회사의 지분을 30%까지 확보하고 공소외 2 주식회사를 합병하기로 약정하였기 때문에 경영상의 필요에 의하여 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사에 대한 우호지분을 확보하기 위해 공소외 3으로부터 주식매수자금을 지원받기 위한 것이었으므로 이는 피고인 7 주식회사의 이익을 위한 것이어서 배임죄에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 일본 공소외 11 주식회사에게 전환사채 250억 원을 발행하고 그 사채대금을 지급받으면서 그 조건으로 공소외 11 주식회사와 사이에 피고인 주장과 같은 약정을 한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 공소외 3과 맺은 금전소비대차계약은 공소외 3이 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사에게 주식매수자금을 빌려주되 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 담보로 제공하는 현금의 3배에 달하는 액수만큼 공소외 3이 주식을 매수해 주기로 하고 그 약정 원리금은 3개월 내에 정산하기로 하는 내용임을 알 수 있어 이는 단기간에 주식을 대량으로 매수하기 위한 자금을 융통하는 계약으로 보이고 결국 공소외 3이 매수한 주식은 그 원리금 정산을 위하여 단기간 내에 매각되어야 하므로 피고인이 주장하는 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 지분 확보를 위한 주식 매집과는 거리가 있다.

오히려 원심이 적절하게 판시하였다시피 피고인은 2008. 4.경 증권사 설립을 위한 자금 마련을 위해 공소외 2 주식회사의 유상증자를 실시하면서 개인적으로 유상증자에 참여한 투자자들에게 투자금에 대한 원리금을 보장하였는데 이 투자자들의 원금 보전 요구 또는 보유 주식 매수요구를 막기 위하여 공소외 2 주식회사의 주가 관리가 필요하였던 사실을 인정할 수 있으므로 피고인은 이러한 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사의 주가 관리를 위하여 주식을 매수할 필요가 있었고 이를 위하여 공소외 3과 원심 판시와 같은 금전소비대차계약을 체결한 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 3을 통한 위와 같은 형태의 주식매수가 피고인 7 주식회사의 경영상 필요한 것으로 보이지 않으므로 피고인이 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주가 하락에 따른 위험부담을 고스란히 피고인 7 주식회사에 부담시킨 피고인의 판시 채무부담행위는 피고인 7 주식회사에 대하여 배임죄를 구성한다.

나) 피고인은 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약은 주가조작이라는 범죄를 실행하기 위한 자금을 대여하는 계약으로서 민법 제103조의 반사회질서에 해당하는 무효의 계약일 뿐만 아니라 피고인은 대표권을 남용하여 이러한 계약을 체결하였으며 공소외 3도 이를 알고 있어 이러한 점에서도 이 계약은 무효이므로 결국 피고인 7 주식회사에게는 아무런 손해가 발생하지 않는다고 할 것이어서 배임죄가 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 원리금 보장 약정 하에 공소외 3이 제공한 자금이 주가관리에 사용되었다는 사정만으로 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약이 무효라고 단정할 수 없고, 피고인이 대표권을 남용하고 공소외 3이 이를 알았다는 점을 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 금전소비대차계약이 민사상 무효인지 여부와는 관계없이 이 금전소비대차 계약으로 피고인 7 주식회사에게 이자 부담 또는 주가하락으로 인한 경제적인 손해가 발생할 위험이 생겼음이 분명하므로 피고인의 이 주장은 이유 없다.

다) 한편, 피고인이 피고인 7 주식회사로 하여금 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 함으로써 배임죄가 성립된 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차약정은 7회에 걸쳐 체결된 사실을 인정할 수 있으므로 이에 대한 배임죄는 포괄하여 1죄로 성립하고, 피고인과 공소외 3 사이의 약정에 의하면 공소외 3으로서는 대출금을 현실적으로 지급하는 것이 아니라 현금 담보의 3배에 해당하는 금액만큼 주식을 매수하여 매수 주식을 담보로 확보한 다음 만기에 원리금을 정산하게 되므로, 피고인의 배임행위인 위 약정에 따라 공소외 3이 얻는 실질적인 이득은 대출원리금에서 현금 및 매수 주식 처분 금액을 공제한 나머지 금액이라고 봄이 상당하므로 이로 인하여 공소외 3이 취득한 이득액은 7회에 걸친 금전소비대차약정의 정산에 따라 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 지급하여야 하는 금액으로 보아야 한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 1, 2, 3회 금전소비대차약정에 따른 정산은 4회 금전소비대차약정으로 대체하였고, 4회 금전소비대차약정에 따른 5차 정산에서 피고인 7 주식회사는 공소외 3에게 582,948,894원을, 5회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 472,039,041원을, 6회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 107,915,922원을, 7회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 317,706,346원을 각 지급하여야 하므로 공소외 3은 주가하락으로 자신이 손해 입을 것을 피고인 7 주식회사로부터 보전받게 되어 결국 공소외 3이 취득한 이득액은 위 금원 합계 1,480,610,203원이 된다.

이와 달리 공소외 3이 취득한 이득액이 7회에 걸친 각 금전소비대차약정서의 공증금액의 단순합계인 542억 7,000만원이라는 원심판단은 이와 그 결론을 달리하여 부당하므로 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

## 2) 공소외 12 주식회사 BW 매도대금 관련 횡령 부분

피고인은, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 당시 인수대금 중 12억 원이 부족하자 이를 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사가 발행한 CB를 인수하면서 공소외 13 주식회사에 지급하였던 CB 대금을 일단 다시 돌려받아 피고인 7 주식회사 대신 인수잔금으로 지급하여 해결하였는데 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사에 그 대금을 반환하여야 하게 되자, 피고인은 원심 판시 IV. 2항 기재와 같이 피고인 7 주식회사가 보유하고 있

던 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 다음 그 대금을 공소외 13 주식회사에 지급함으로써 결국 이 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 공소외 13 주식회사에 지급한 것은 피고인 7 주식회사가 애초에 부담하였어야 할 공소외 2 주식회사 인수잔금을 지급한 것이 되었으므로 피고인이 피고인 7 주식회사의 돈을 횡령한 것은 아니라고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거에 의하면 피고인은 위와 같이 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장한 사실을 인정할 수 있는데, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수하면서 인수대금 중 미지급대금이 남아 있었으면 회계기록에 남아 있었거나 적어도 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장할 필요가 없었을 것인 점, 공소외 2 주식회사가 회계처리 없이 인수대금을 책임질 이유가 없는 점 등을 감안하면 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 때 인수대금 중 미지급한 대금이 있었다는 점에 부합하는 피고인 1의 진술과 증인 공소외 14의 진술은 쉽게 믿기 어렵고, 달리 피고인의 위와 같은 주장을 인정할 수 없으며, 이러한 사정이 인정되지 않은 이상 판시 범죄사실은 충분히 인정된다.

### 3) 공소외 15 주식회사 유상증자 대금 횡령 부분

피고인은 피고인 7 주식회사가 공소외 16 명의를 빌려 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이지 피고인이 그 유상증자 대금을 횡령한 것이 아니라고 한다.

살피건대, 원심이 적절히 판단하였다시피 유상증자 받은 공소외 16 명의의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있기는 하였으나 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사의 유상증자에 참여할 경영상의 필요나 이유가 있음을 인정할 아무런 자료가 없으므로 공소외 16의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있었다고 하여 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이라고 볼 수 없다.

### 4) 증권거래법위반의 점

#### 가) 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 통정매매를 하였다는 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 3은 앞서 본 바와 같이 7회에 걸쳐 피고인에게 주식매수자금을 대여하되 그 대여금액만큼 공소외 3이 주식을 매수하였고, 그 기간에 피고인 또한 자신이 관리하는 증권계좌로 같은 주식의 매도주문을 내어 둘 사이에 주식매매계약이 수회 체결된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 통정매매가 성립하기 위해서는 피고인과 공소외 3이 주식 매도수량, 매매시간, 매매금액에 대한 의견을 교환하여 매매를 체결하였다는 사실이 인정되어야 하는데 앞에서 인정한 사실만으로 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없고 다만, 공소외 3이 피고인과의 계약에 따라 일정량의 주식을 계속 매수하고 있었기 때문에 피고인 1의 매도주문에 의하여 우연히 거래가 체결된 것에 불과할 뿐이다.

#### 나) 사기적 부정거래 사실



피고인 1은 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 사기적 부정거래를 한 사실이 없다고 주장한다.

이 부분에 관하여 원심이 자세하게 살폈는바, 피고인 1은 자신이 운영하는 회사의 자금유통, 담보주식의 반대매매 방지 등을 위하여 주가 하락을 방지하거나 주가를 부양할 수 있는 주식 매수자금에 필요했고, 공소외 3은 이러한 피고인의 필요에 응하여 주식을 매수하되 그 계산은 피고인에게 돌림으로써 주식거래에 따른 위험을 부담하지 않고 주식 매수 등 주식거래를 할 수 있게 되었으며, 이에 따라 피고인으로서도 자회사에 대한 자사주 매입 제한을 회피하고 대주주의 주식 취득에 따르는 공시의무를 회피하면서 적은 돈으로 대량의 회사 주식을 매입하거나 유상증자를 할 수 있게 되어 실질은 회사가 자사주를 취득하거나 대주주가 주식을 취득한 것임에도 주식 시장에서는 제3자의 자금이 정상적으로 투자, 유입되었거나 외국인 자금이 투자, 유입된 양 가장하여 주가관리를 할 수 있게 되었다. 그런데 이와 같은 거래는 주식거래 시장에서 투자자들로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 자본시장에서 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에 손해를 전가하여 자본시장의 공정성 신뢰성 및 효율성을 해치게 된다.

그렇다면 사인간의 원리금보장약정에 의한 주식인수나 유상증자가 금지되지 않고 차명증권계좌를 이용한 주식거래가 허용된다고 하더라도 피고인과 공소외 3과의 약정에 의한 위와 같은 주식거래 행위는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항에서 규정하고 있는 '금융투자상품의 매매와 관련하여 부정한 수단이나 기교를 사용하는 행위' 및 '위계의 사용'에 해당된다.

따라서 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

5) 피해자를 공소외 17 주식회사로 한 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분

피고인 1은 공소외 17 주식회사가 정상적인 절차에 의하여 11억 원을 공소외 18 주식회사에 교부한 것으로 알고 있었으며 그에 대한 담보로 공소외 17 주식회사에 공소외 19 주식회사 주식을 제공하였으므로 피고인에게는 이 자금 11억 원에 대한 불법영득의사가 없었고, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분에 관하여는 피고인 1이 피고인 8에게 공소외 20을 소개하였을 뿐 신주인수권 불행사 합의에 관여하지 않았다고 주장한다.

살피건대, 원심은 이 주장에 대하여 상세히 판단하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 1 주식회사의 자금 10억 원을 횡령하여 공소외 21에게 인수대금 일부로 지급하면서 곧바로 공소외 17 주식회사로부터 그 돈을 반환받을 것을 알고 있었던 점, 위 30억 원은 피고인 1이 공소외 17 주식회사를 인수할 때 빌린 돈을 갚는데 사용된 점 등 기록에 의하여 인정되는 제반 사정에 비추어 보면 원심판단은 정당하고 피고인의 항소는 이유 없다.

나. 피고인 8

1) 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 17 주식회사가 소유한 공소외 22 주식회사 주권 1,950만 주를 공소외 23에게 담보로 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수 과정에 참여하였을 뿐이고 인수가 끝난 상태가 아니어서 공소외 22 주식회사 주권의 보관자 지위에 있지도 않았으며 피고인 1이 이 주권을 담보로 제공할지 몰랐다고 주장한다.

살피건대, 원심이 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 피고인 8과 피고인 1, 제1심 공동피고인 10이 공소외 17 주식회사를 인수하면서 공소외 23으로부터 돈을 빌리고 그에 대한 담보로 위 주권을 제공하기로 한 사실이 충분히 인정되므로 원심 판단은 정당하고 위 피고인의 주장은 이유 없다.

피고인 8은 이 사건 공소외 17 주식회사 인수는 이른바 LBO 방식에 의한 것으로 피고인에게 배임이 성립되는 것은 별론으로 하고 횡령죄는 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 공소외 17 주식회사에 대한 인수계약이 정상적인 LBO 방식에 의한 인수계약이라 할 수 없고, LBO 방식에 의한 인수계약이라고 하여 횡령이 성립하지 않는다고 할 수 없을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 피고인, 피고인 1, 제1심 공동피고인 10에게 공소외 22 주식회사 주권 보관자의 지위가 충분히 인정되므로 피고인의 이 주장 또한 이유 없다.

#### 2) 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분

피고인 8은 공소외 22 주식회사 주주총회가 열린 2009. 3. 24. 이후로는 공소외 17 주식회사에 대한 경영권에서 배제 되었으므로 2009. 3. 26. 행해진 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분에 대하여는 위 피고인에게 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

그러나 원심이 적절하게 판단하였다시피 피고인 8, 1, 제1심 공동피고인 10은 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 21에게 10억 원을 우선 지급한 다음 이를 공소외 17 주식회사 자금으로 공소외 1 주식회사에 반환하기로 협의하였던 점 등에 비추어 보면 판시 범죄사실이 충분히 인정된다.

#### 3) 공소외 17 주식회사 양도 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사를 공소외 24에게 양도하는 업무를 맡으면서 공소외 17 주식회사가 보유하던 실물자산인 공소외 22 주식회사 주권을 공소외 24에게 확인시켜 주었을 뿐, 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌리는 데에 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하기로 합의한 사실이 없다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수자인 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌릴 때 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하는 데에 협조한 사실이 충분히 인정되고 이러한 취지로 상세히 판시한 원심 판단은 정당하다.

#### 4) 제1심 공동피고인 10에게 공소외 25 주식회사 돈 60억 원을 빌려주어 배임한 부분 및 공소외 25 주식회사 유상증자대금 60억 원 횡령부분

피고인 8은 피고인 2의 지시에 따라 제1심 공동피고인 10이 운영하는 공소외 26 주식회사를 인수하기 위하여 그 인수대금을 지급한 것이고, 60억 원을 공소외 23에게 갚다 준 것은 맞지만 그 돈이 공소외 25 주식회사 유상증자 대

금인 줄 모르고 단순히 심부름만 하였을 뿐이라고 주장한다.

살피건대, 원심은 이에 대하여 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 그 판단은 정당하고 피고인의 주장은 이유 없다.

다.

피고인 9

피고인 9에 대한 상법위반과 공전자기록등불실기재 및 행사의 점에 관한 공소소사실의 요지는 ' 피고인 9는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 공소외 22 주식회사의 일반공모 유상증자와 관련하여 유상증자 자본금의 납입을 가장하기로 공모하여, 피고인 9는 피고인 8에게 70억 원을 대여하고 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 공소외 18 주식회사 등 6명의 명의로 유상증자 청약대금으로 입금한 다음 주금납입보관서를 발급받아 발행주식 총수를 변경하는 등기를 하고 75억 원을 자기앞수표로 출금하여 피고인 9에게 교부함으로써 주금납입을 가장하였다'는 것이다.

살피건대, 상법 제628조에 해당하는 납입가장죄는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 납입을 가장하는 행위를 한 때에 성립하는 것이다.

그런데 피고인 9는 공소외 22 주식회사에서 위와 같은 지위에 있지 아니할 뿐만 아니라 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입 가장을 하도록 범의를 유발시킨 것도 아니고, 이미 가장납입 행위를 하기로 마음먹고 있는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10에게 그 대금을 대여해 준 것에 불과하다.

위 피고인이 피고인 8이 증권회사에 유상증자 대금 70억 원을 납입할 때 피고인 8과 동행하여 그 증권계좌들을 담보로 제공받은 사실은 인정되나 이는 대여금의 확실한 회수를 위한 조치였던 것으로 보일 뿐이고, 이 외에 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 함께 납입가장 행위에 가담하는 다른 적극적인 행위를 하였다는 점을 인정할 수 없는 이상 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입가장을 하기 위해 돈을 빌린다는 것을 알고 돈을 빌려 주었다는 사정만으로 피고인 9에게 납입가장죄에 대한 공동정범으로서의 죄책을 물을 수 없고 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

나아가 납입가장 후의 증자 등기 신청으로 인한 공전자기록불실기재 및 행사죄에 대하여 납입대금을 대여하였음에 불과한 피고인 9 피고인에게 등기신청 행위에 대한 공동정범으로서의 기능적 행위지배가 있었다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

이 점을 지적하는 피고인 9의 항소는 이유 있고 이 부분 원심판결은 부당하다.

라. 검사의 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대한 사실오인 주장

검사는 피고인 1이 주식에 대한 시세조종행위로 35억 1,800만 원 상당의 부당이득을 취득하였다고 주장한다.

이에 대하여 원심이 자세하게 판단하였는바 시세조종으로 공소외 4 주식회사 명의 계좌에서 발생한 이익은 공소외 4 주식회사에 귀속된 것으로서 이를 피고인 1이 취득한 것으로 볼 수 없고, 각 증권계좌에서 주식이 실물로 입고, 출고 되었다는 사정만으로 그 주식이 입출고 된 날의 종가로 취득되었거나 처분되었다고 단정할 수 없는 점 등에 비추어 보면 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 시세조종을 통하여 35억 1,800만 원의 이익을 취하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 원심 판단은 정당하다.

### 3. 검사와 피고인들의 각 양형부당 주장에 대한 판단

검사는 피고인 1(징역 7년), 피고인 3(징역 3년에 집행유예 4년), 피고인 5(징역 1년에 집행유예 2년), 피고인 6(징역 1년), 피고인 7 주식회사(벌금 5억 원)에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 주장하고, 피고인 1, 2(징역 4년), 피고인 4(징역 1년 6월에 집행유예 3년), 피고인 5, 피고인 7 주식회사, 피고인 8(징역 5년), 피고인 9(징역 1년에 집행유예 2년)는 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 주장한다.

#### 가. 피고인 1

피고인 1은 피고인 7 주식회사를 통하여 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사에 대한 지배력을 강화하고 증권회사를 설립할 목적으로無理하게 회사를 인수하고 원리금보장 하에 유상증자를 실시하였으며 그 자금을 마련하기 위해 보유 주식을 담보로 대출 받고 각 자회사의 자금을 돌려막기 식으로 무분별하게 사용하였으며 새로운 자금원을 확보하기 위해 사채까지 빌려 기업인수를 단행하고 인수대상 기업의 자산을 담보로 제공함으로써 그 기업의 부실을 초래하였다.

또한 관계 회사들의 추가하락으로 인한 담보주식의 반대매매와 투자자들의 원리금 보장 요구를 막기 위하여 장기간 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주식에 대한 시세조종을 하였고 그 시세조종 자금에 관계 회사들의 자금을 무분별하게 사용하였다.

이러한 피고인의 행위에 의하여 외견상 드러나는 횡령, 배임 액수가 상당한 금액에 이르고 공소외 17 주식회사는 파산에 이르게 되었다.

그러나 한편, 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사, 피고인 7 주식회사에서 횡령한 금액 중 상당 부분은 상환되었거나 회복된 것으로 보이는 점, 공소외 3과의 관계에서 피고인 7 주식회사에게 실제 손해를 입힌 금액은 앞서 본 바와 같이 14억여 원인 점, 이러한 범행들로 인하여 피고인 1이 개인적으로 얻은 이익은 별 없어 보이는 점, 음주운전으로 인한 벌금 전과 외에 별다른 범죄전력이 없는 점, 깊이 뉘우치고 있는 점 등이 인정된다.

여기에도가 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면 피고인 1에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 나. 피고인 2

피고인 2는 공소외 1 주식회사 및 관계회사들을 실질적으로 지배하고 있고 피고인 2의 승인 및 묵인이 없으면 피고인 1, 3, 8 등이 판시 범행을 저지를 수 없다.

그러나 피고인 2가 각 범행에 적극적이고 주도적으로 가담한 것으로 보이지는 않은 점, 피고인 2가 보유하던 주식의 대부분이 회사 자금유통을 위한 담보로 제공되었고 이 사건으로 인하여 대부분의 자산을 잃은 점, 자신이 일으키고 오랫동안 경영해 오던 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 상실한 점, 나이가 많고 건강상태가 좋지 않은 점, 이 사건 범행으로 개인적으로 얻은 이익이 별 없는 점, 같은 사건으로 아들까지 재판받고 구속되어 있는 점 등을 감안하면 피고인 2에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

다.

#### 피고인 3

피고인 3은 공소외 1 주식회사와 그 자회사의 자금을 총괄 관리하면서 자금 유출에 주도적으로 관여하였고 그 액수도 상당액에 이르며 피고인 1의 주식 시세조종에도 가담한 점 등에 비추어 그 죄질 및 범정이 가볍지 않다.

그러나 피고인이 잘못을 뉘우치고 있고 아무런 전과 없으며, 공소외 1 주식회사의 운영자인 피고인 2, 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 범행에 가담하게 된 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 3에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지 않는다.

#### 라. 피고인 4

피고인 4는 아무런 전력이 없고 증권회사에 근무하는 상담사로서 고객인 피고인 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 주식 시세조종에 가담하였으며 주식거래에 따른 수수료 외에 다른 이익을 취득하지 않았고, 잘못을 뉘우치고 있으며 공소외 2 주식회사의 대표이사에 취임하여 성실히 회사를 위하여 노력하였으며 공소외 2 주식회사의 대주주인 공소외 11 주식회사가 선처를 구하고 있는 사실이 인정된다

그러나 이 사건 주식 시세조종행위는 주식거래 시장에서 수요와 공급에 따른 공정한 가격 형성을 방해하여 건전한 주식시장의 육성 및 발전을 저해하고 이로 인한 기업들의 자금조달을 어렵게 하여 국가경제 발전에 해를 끼칠 뿐만 아니라 주식거래에 참여하고 있는 불특정 다수의 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입힘으로써 자본시장의 공정성, 신뢰성, 효율성을 방해한다는 점에 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 4는 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아 마땅하다.

이러한 여러 사정을 감안하면 원심의 형이 무거워 부당해 보이지 않는다.

#### 마. 피고인 5

앞서 본 바와 같이 시세조종행위의 해악 등에 비추어 보면 피고인 5의 행위 또한 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 5도 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아야 마땅할 뿐만 아니라 주식거래에 따른 위험을 전혀 부담하지 않고 주식거래를 하여 시세조종행위에 대한 위험성이 더욱 크며 약속받은 투자금에 대한 이자도 적다고 할 수 없다.

그러나 한편, 피고인은 아무런 범죄전력이 없으며 피고인 1의 요청에 의하여 이 사건 범행에 가담하게 되었고 적극적으로 시세를 끌어 올리기 위해 개개의 주식 매수 행위에 나아간 것으로 보이지는 않는 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 감안하면 피고인 5에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

바. 피고인 6, 피고인 7 주식회사

피고인들이 이 사건 범행에 이른 경위, 과정, 취득한 이익 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 6에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지는 않고, 피고인 7 주식회사에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

사. 피고인 8

피고인 8의 이 사건 횡령, 배임으로 인한 이득액의 합계가 거액이 이르고 공소외 17 주식회사의 인수 및 매각 과정을 주도하면서 공소외 17 주식회사의 자산을 담보로 제공하여 회사를 파산 상태에 이르게 하였으며, 공소외 25 주식회사의 자금을 정상적인 절차를 거치지 않고 대여금 등으로 유출해 그 경영에 큰 타격을 입힌 점에 그 죄질 및 범행이 좋지 않다.

그러나 한편, 피고인 8이 상당한 권한을 가지고 공소외 17 주식회사의 양수도 및 공소외 25 주식회사의 경영에 적극적으로 개입한 것으로 보이기는 하나, 피고인 2로부터 독립하여 자신의 자금을 가지고 독자적으로 공소외 17 주식회사의 매수 및 매도와 공소외 25 주식회사의 운영에 관여한 것으로 보이지는 않고 피고인 2와 피고인 1의 지시 및 묵인 하에 판시 각 범행을 한 것으로 보이는 점, 판시 각 범행으로 인하여 피고인 8이 개인적으로 취득한 이익은 별로 없는 것으로 보이는 점, 공소외 17 주식회사 양수도와 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하게 된 경위에 다소 참작할 바가 있고 공소외 17 주식회사를 피해자로 한 각 횡령죄와 배임죄로 인한 이득은 결국 피고인 2, 1이 운영하는 ○○○○그룹에 귀속한 점, 공소외 25 주식회사 운영자금과 관련하여 제1심 공동피고인 10에 대여한 60억 원은 다시 반환되었고 공소외 41 주식회사에 대여한 금액은 피고인 8과 피고인 2 사이에 다툼은 있으나 이에 의하여 피고인 8이 개인적인 이익을 취한 것으로 보이지는 않는 점, 공소외 25 주식회사 유상증자 대금 횡령금은 공소외 17 주식회사를 인수할 때에 계약금을 빌린 공소외 23에 대한 채무변제에 사용된 점 등을 알 수 있다.

그렇다면 피고인 8이 이 사건 각 범행의 전면에 나서 상당한 금액에 이르는 돈을 횡령하고, 피해자 회사들에 손해를 입혔으나 결국 그 이익의 귀속주체는 대부분 ○○○○그룹이고 ○○○○그룹의 자금 없이는 피고인 8이 공소외 25 주식회사나 공소외 17 주식회사를 인수하거나 운영에 관여할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때 피고인 8은 전체적으로 보아 피고인 2와 피고인 1의 지시에 따라 이 사건 범행을 저지른 것으로 보인다.

이러한 제반 사정을 모두 종합해 보면 피고인 8에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 4. 결론

그렇다면 피고인 1, 2의 일부 사실오인, 법리오해 주장 및 양형부당 주장, 피고인 8의 양형부당 주장, 피고인 9의 사실오인 및 법리오해 주장은 각 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1, 2, 8, 9에 대한 부분을 각 파기하고, 사실오인 주장이 이유 있는 것으로 인정된 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 범죄 사실에 대하여는 피고인 3도 피고인 1, 2와 공범으로 기소되었으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 직권으로 파기하여, 각 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 나머지 피고인들과 검사의 항소는 모두 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 각 기각한다.

#### 【이유】

##### 1. 항소이유 요지

###### 가. 피고인들

피고인 1, 2, 8, 9는 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 4, 5, 피고인 7 주식회사는 양형부당을 이유로 항소하였다.

###### 나. 검사

검사는 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대하여 각 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 3, 5, 6에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다.

##### 2. 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

###### 가. 피고인 1, 2

1) 피해자 공소외 1 주식회사를 상대로 한 166억 1,800만 원 횡령 부분 중 원심 별지 범죄일람표1 기재 순번 6, 15, 29 횡령에 대하여

가) 피고인 1, 2는 원심 별지 범죄일람표1 순번 6 기재 공소외 5 주식회사 사업경비로 사용한 2억 5,000만 원은 공소외 1 주식회사의 자회사에 대한 사업경비 지원 명목으로 지급한 것이어서 횡령에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 위 피고인들은 2008. 10.경 공소외 5 주식회사의 자금 15억 원을 빼내어 원심 범죄사실 Ⅱ. 4항 및 VI. 2항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 피고인 2의 공소외 59 증권 대출금 상황에 이용하였다가 막상 공소외 5 주식회사의 사업경비가 모자라자 위와 같이 공소외 1 주식회사 돈 2억 5,000만 원을 공소외 5 주식회사에 지급한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 공소외 5 주식회사에 지급한 돈의 명목이 어떠한 간에 피고인들은 공소외 1 주식회사 돈을 필요에 따라 마치 자신들의 돈인 양 사용한 것으로 보이고 이는 충분히 횡령죄에 해당한다.

나) 피고인들은 피해자 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 유상증자 대금으로 사용한 자금은 피고인들이 횡령한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 1 주식회사의 자금 6억 원이 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사의 유상증자에 참여한 자금으로 사용된 사실은 인정된다.

그러나 한편, 앞서 든 증거들 및 피고인 3의 당심에서의 진술에 의하면 공소외 6 주식회사나 공소외 7 주식회사는 피해자 공소외 1 주식회사가 투자한 자회사인 사실, 공소외 1 주식회사는 공소외 8 유한회사와 함께 50%씩 지분으로 공소외 7 주식회사를 인수하였는데 공소외 7 주식회사가 유상증자를 하자 그 지분 확보를 위해 공소외 6 주식회사 명의로 공소외 7 주식회사 유상증자에 참여한 사실을 인정할 수 있으므로 앞서 든 사실만으로 피고인들이 유상증자에 제공된 자금을 횡령한 것이라 할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그러므로 이 점을 지적한 피고인 1, 2의 항소는 이유 있고, 원심의 이 부분 판단은 부당하다.

다) 피고인 1은 원심 별지 범죄일람표1 순번 29 기재 피고인 7 주식회사가 발행한 워런트를 인수하였던 공소외 9 주식회사에게 위 피고인이 그 인수자금을 지급하여 횡령하였다는 범죄사실은 그 당시 피고인 1이 잠적 중이어서 그 행위에 가담한 바가 없으므로 피고인 1에게 그 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인들이 공소외 9 주식회사에게 워런트를 발행할 때 이미 공소외 9 주식회사에게 그 인수대금을 지급하기로 약정하였고 이 약정에 따라 위와 같이 공소외 1 주식회사 자금으로 인수대금을 교부한 사실을 알 수 있으므로 피고인 1이 인수대금 교부시에 잠적 중이었다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

2) 상환을 완료하였으므로 불법영득의사가 없다는 주장에 대하여

피고인 1, 2는 피고인들에 대한 원심 별지 범죄일람표1 순번 1, 2, 4, 7, 11, 13, 24, 28 기재 횡령금원과 원심 범죄사실 Ⅱ. 3항, Ⅱ. 4항 기재 횡령금원, 피고인 2에 대한 VI. 2항, 3항의 횡령 금원은 모두 피해자들에게 상환되었고 일부 금원은 당일 날 또는 단기간 내에 상환되었을 뿐만 아니라 이는 대부분 피해자들로부터 돈을 교부받을 당시부터 약정한 상환계획에 따라 상환되었으므로 피고인들이 위 자금들을 피해자들로부터 교부받아 다른 곳에 잠시 사용하였다고 하더라도 피고인들에게 불법영득의사를 인정할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 원심이 적절하게 판시한 바와 같이 피고인들이 피해자들의 자금을 사용하게 된 경위, 과정, 자금 사용 횟수 및 액수, 피해자들로부터 자금 인출시 정당한 절차를 거쳤는지 여부, 자금 사용처, 피고인들과 피해자들과의 관계 등 제반사정을 종합하면 피고인들은 피해자 공소외 1 주식회사와 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사의 자금을 마치 피고인들 소유인 것처럼 사용한 사실을 알 수 있으므로 그 자금이 단기간 내에 상환되었다 하더라도 피고인들에게 불법영득의사가 있었음을 넉넉히 인정할 수 있다.



나. 피고인 1

1) 공소외 3과 원금보장약정 하에 체결한 금전소비대차약정에 의한 배임 부분

가) 피고인은 원심 범죄사실 IV. 1항 기재와 같이 피해자 피고인 7 주식회사에게 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 한 것은, 피고인 7 주식회사가 일본의 공소외 11 주식회사로부터 투자를 받으면서 공소외 1 주식회사의 지분을 30%까지 확보하고 공소외 2 주식회사를 합병하기로 약정하였기 때문에 경영상의 필요에 의하여 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사에 대한 우호지분을 확보하기 위해 공소외 3으로부터 주식매수자금을 지원받기 위한 것이었으므로 이는 피고인 7 주식회사의 이익을 위한 것이어서 배임죄에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 일본 공소외 11 주식회사에게 전환사채 250억 원을 발행하고 그 사채대금을 지급받으면서 그 조건으로 공소외 11 주식회사와 사이에 피고인 주장과 같은 약정을 한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 공소외 3과 맺은 금전소비대차계약은 공소외 3이 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사에게 주식매수자금을 빌려주되 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 담보로 제공하는 현금의 3배에 달하는 액수만큼 공소외 3이 주식을 매수해 주기로 하고 그 약정 원리금은 3개월 내에 정산하기로 하는 내용임을 알 수 있어 이는 단기간에 주식을 대량으로 매수하기 위한 자금을 융통하는 계약으로 보이고 결국 공소외 3이 매수한 주식은 그 원리금 정산을 위하여 단기간 내에 매각되어야 하므로 피고인이 주장하는 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 지분 확보를 위한 주식 매집과는 거리가 있다.

오히려 원심이 적절하게 판시하였다시피 피고인은 2008. 4.경 증권사 설립을 위한 자금 마련을 위해 공소외 2 주식회사의 유상증자를 실시하면서 개인적으로 유상증자에 참여한 투자자들에게 투자금에 대한 원리금을 보장하였는데 이 투자자들의 원금 보전 요구 또는 보유 주식 매수요구를 막기 위하여 공소외 2 주식회사의 주가 관리가 필요하였던 사실을 인정할 수 있으므로 피고인은 이러한 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사의 주가 관리를 위하여 주식을 매수할 필요가 있었고 이를 위하여 공소외 3과 원심 판시와 같은 금전소비대차계약을 체결한 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 3을 통한 위와 같은 형태의 주식매수가 피고인 7 주식회사의 경영상 필요한 것으로 보이지 않으므로 피고인이 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주가 하락에 따른 위험부담을 고스란히 피고인 7 주식회사에 부담시킨 피고인의 판시 채무부담행위는 피고인 7 주식회사에 대하여 배임죄를 구성한다.

나) 피고인은 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약은 주가조작이라는 범죄를 실행하기 위한 자금을 대여하는 계약으로서 민법 제103조의 반사회질서에 해당하는 무효의 계약일 뿐만 아니라 피고인은 대표권을 남용하여 이러한 계약을 체결하였으며 공소외 3도 이를 알고 있어 이러한 점에서도 이 계약은 무효이므로 결국 피고인 7 주식회사에게는 아무런 손해가 발생하지 않는다고 할 것이어서 배임죄가 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 원리금 보장 약정 하에 공소외 3이 제공한 자금이 주가관리에 사용되었다는 사정만으로 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약이 무효라고 단정할 수 없고, 피고인이 대표권을 남용하고

공소외 3이 이를 알았다는 점을 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 금전소비대차계약이 민사상 무효인지 여부와는 관계없이 이 금전소비대차 계약으로 피고인 7 주식회사에게 이자 부담 또는 추가하락으로 인한 경제적인 손해가 발생할 위험이 생겼음이 분명하므로 피고인의 이 주장은 이유 없다.

다) 한편, 피고인이 피고인 7 주식회사로 하여금 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 함으로써 배임죄가 성립된 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차약정은 7회에 걸쳐 체결된 사실을 인정할 수 있으므로 이에 대한 배임죄는 포괄하여 1죄로 성립하고, 피고인과 공소외 3 사이의 약정에 의하면 공소외 3으로서는 대출금을 현실적으로 지급하는 것이 아니라 현금 담보의 3배에 해당하는 금액만큼 주식을 매수하여 매수 주식을 담보로 확보한 다음 만기에 원리금을 정산하게 되므로, 피고인의 배임행위인 위 약정에 따라 공소외 3이 얻는 실질적인 이득은 대출원리금에서 현금 및 매수 주식 처분 금액을 공제한 나머지 금액이라고 봄이 상당하므로 이로 인하여 공소외 3이 취득한 이득액은 7회에 걸친 금전소비대차약정의 정산에 따라 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 지급하여야 하는 금액으로 보아야 한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 1, 2, 3회 금전소비대차약정에 따른 정산은 4회 금전소비대차약정으로 대체하였고, 4회 금전소비대차약정에 따른 5차 정산에서 피고인 7 주식회사는 공소외 3에게 582,948,894원을, 5회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 472,039,041원을, 6회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 107,915,922원을, 7회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 317,706,346원을 각 지급하여야 하므로 공소외 3은 추가하락으로 자신이 손해 입을 것을 피고인 7 주식회사로부터 보전받게 되어 결국 공소외 3이 취득한 이득액은 위 금원 합계 1,480,610,203원이 된다.

이와 달리 공소외 3이 취득한 이득액이 7회에 걸친 각 금전소비대차약정서의 공증금액의 단순합계인 542억 7,000만원이라는 원심판단은 이와 그 결론을 달리하여 부당하므로 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

## 2) 공소외 12 주식회사 BW 매도대금 관련 횡령 부분

피고인은, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 당시 인수대금 중 12억 원이 부족하자 이를 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사가 발행한 CB를 인수하면서 공소외 13 주식회사에 지급하였던 CB 대금을 일단 다시 돌려받아 피고인 7 주식회사 대신 인수잔금으로 지급하여 해결하였는데 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사에 그 대금을 반환하여야 하게 되자, 피고인은 원심 판시 IV. 2항 기재와 같이 피고인 7 주식회사가 보유하고 있던 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 다음 그 대금을 공소외 13 주식회사에 지급함으로써 결국 이 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 공소외 13 주식회사에 지급한 것은 피고인 7 주식회사가 애초에 부담하였어야 할 공소외 2 주식회사 인수잔금을 지급한 것이 되었으므로 피고인이 피고인 7 주식회사의 돈을 횡령한 것은 아니라고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거에 의하면 피고인은 위와 같이 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장한 사실을 인정할 수 있는데, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를

인수하면서 인수대금 중 미지급대금이 남아 있었으면 회계기록에 남아 있었거나 적어도 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장할 필요가 없었을 것인 점, 공소외 2 주식회사가 회계처리 없이 인수대금을 책임질 이유가 없는 점 등을 감안하면 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식 회사를 인수할 때 인수대금 중 미지급한 대금이 있었다는 점에 부합하는 피고인 1의 진술과 증인 공소외 14의 진 술은 쉽게 믿기 어렵고, 달리 피고인의 위와 같은 주장을 인정할 수 없으며, 이러한 사정이 인정되지 않은 이상 판시 범죄사실은 충분히 인정된다.

### 3) 공소외 15 주식회사 유상증자 대금 횡령 부분

피고인은 피고인 7 주식회사가 공소외 16 명의를 빌려 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이지 피고인이 그 유상증자 대금을 횡령한 것이 아니라고 한다.

살피건대, 원심이 적절히 판단하였다시피 유상증자 받은 공소외 16 명의의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있기는 하였으나 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사의 유상증자에 참여할 경영상의 필요나 이유가 있음을 인정할 아무런 자료가 없으므로 공소외 16의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있었다고 하여 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이라고 볼 수 없다.

### 4) 증권거래법위반의 점

#### 가) 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 통정매매를 하였다는 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 3은 앞서 본 바와 같이 7회에 걸쳐 피고인에게 주식매수자금을 대여하되 그 대여금액만큼 공소외 3이 주식을 매수하였고, 그 기간에 피고인 또한 자신이 관리하는 증권계좌로 같은 주식의 매도주문을 내어 둘 사이에 주식매매계약이 수회 체결된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 통정매매가 성립하기 위해서는 피고인과 공소외 3이 주식 매도수량, 매매시간, 매매금액에 대한 의견을 교환하여 매매를 체결하였다는 사실이 인정되어야 하는데 앞에서 인정한 사실만으로 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없고 다만, 공소외 3이 피고인과의 계약에 따라 일정량의 주식을 계속 매수하고 있었기 때문에 피고인 1의 매도주문에 의하여 우연히 거래가 체결된 것에 불과할 뿐이다.

#### 나) 사기적 부정거래 사실

피고인 1은 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 사기적 부정거래를 한 사실이 없다고 주장한다.

이 부분에 관하여 원심이 자세하게 살폈는바, 피고인 1은 자신이 운영하는 회사의 자금유통, 담보주식의 반대매매 방지 등을 위하여 주가 하락을 방지하거나 주가를 부양할 수 있는 주식 매수자금이 필요했고, 공소외 3은 이러한 피고인의 필요에 응하여 주식을 매수하되 그 계산은 피고인에게 돌림으로써 주식거래에 따른 위험을 부담하지 않고 주식 매수 등 주식거래를 할 수 있게 되었으며, 이에 따라 피고인으로서도 자회사에 대한 자사주 매입 제한을 회피하고 대주주의 주식 취득에 따르는 공시의무를 회피하면서 적은 돈으로 대량의 회사 주식을 매입하거나 유상증자를 할 수 있게 되어 실질은 회사가 자사주를 취득하거나 대주주가 주식을 취득한 것임에도 주식 시장에서는 제3자

의 자금이 정상적으로 투자, 유입되었거나 외국인 자금이 투자, 유입된 양 가장하여 추가관리를 할 수 있게 되었다.

그런데 이와 같은 거래는 주식거래 시장에서 투자자들로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 자본시장에서 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에 손해를 전가하여 자본시장의 공정성 신뢰성 및 효율성을 해치게 된다.

그렇다면 사인간의 원리금보장약정에 의한 주식인수나 유상증자가 금지되지 않고 차명증권계좌를 이용한 주식거래가 허용된다고 하더라도 피고인과 공소외 3과의 약정에 의한 위와 같은 주식거래 행위는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항에서 규정하고 있는 '금융투자상품의 매매와 관련하여 부정한 수단이나 기교를 사용하는 행위' 및 '위계의 사용'에 해당된다.

따라서 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

5) 피해자를 공소외 17 주식회사로 한 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분

피고인 1은 공소외 17 주식회사가 정상적인 절차에 의하여 11억 원을 공소외 18 주식회사에 교부한 것으로 알고 있었으며 그에 대한 담보로 공소외 17 주식회사에 공소외 19 주식회사 주식을 제공하였으므로 피고인에게는 이 자금 11억 원에 대한 불법영득의사가 없었고, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분에 관하여는 피고인 1이 피고인 8에게 공소외 20을 소개하였을 뿐 신주인수권 불행사 합의에 관여하지 않았다고 주장한다.

살피건대, 원심은 이 주장에 대하여 상세히 판단하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 1 주식회사의 자금 10억 원을 횡령하여 공소외 21에게 인수대금 일부로 지급하면서 곧바로 공소외 17 주식회사로부터 그 돈을 반환받을 것을 알고 있었던 점, 위 30억 원은 피고인 1이 공소외 17 주식회사를 인수할 때 빌린 돈을 갚는데 사용된 점 등 기록에 의하여 인정되는 제반 사정에 비추어 보면 원심판단은 정당하고 피고인의 항소는 이유 없다.

나. 피고인 8

1) 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 17 주식회사가 소유한 공소외 22 주식회사 주권 1,950만 주를 공소외 23에게 담보로 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수 과정에 참여하였을 뿐이고 인수가 끝난 상태가 아니어서 공소외 22 주식회사 주권의 보관자 지위에 있지도 않았으며 피고인 1이 이 주권을 담보로 제공할지 물렸다고 주장한다.

살피건대, 원심이 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 피고인 8과 피고인 1, 제1심 공동피고인 10이 공소외 17 주식회사를 인수하면서 공소외 23으로부터 돈을 빌리고 그에 대한 담보로 위 주권을 제공하기로 한 사실이 충분히 인정되므로 원심 판단은 정당하고 위 피고인의 주장은 이유 없다.

피고인 8은 이 사건 공소외 17 주식회사 인수는 이른바 LBO 방식에 의한 것으로 피고인에게 배임이 성립되는 것은 별론으로 하고 횡령죄는 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 공소외 17 주식회사에 대한 인수계약이 정상적인 LBO 방식에 의한 인수계약이라 할 수 없고, LBO 방식에 의한 인수계약이라고 하여 횡령이 성립하지 않는다고 할 수 없을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 피고인, 피고인 1, 제1심 공동피고인 10에게 공소외 22 주식회사 주권 보관자의 지위가 충분히 인정되므로 피고인의 이 주장 또한 이유 없다.

2) 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분

피고인 8은 공소외 22 주식회사 주주총회가 열린 2009. 3. 24. 이후로는 공소외 17 주식회사에 대한 경영권에서 배제 되었으므로 2009. 3. 26. 행해진 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분에 대하여는 위 피고인에게 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

그러나 원심이 적절하게 판단하였다고 피고인 8, 1, 제1심 공동피고인 10은 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 21에게 10억 원을 우선 지급한 다음 이를 공소외 17 주식회사 자금으로 공소외 1 주식회사에 반환하기로 협의 하였던 점 등에 비추어 보면 판시 범죄사실이 충분히 인정된다.

3) 공소외 17 주식회사 양도 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사를 공소외 24에게 양도하는 업무를 맡으면서 공소외 17 주식회사가 보유하던 실물자산인 공소외 22 주식회사 주권을 공소외 24에게 확인시켜 주었을 뿐, 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌리는 데에 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하기로 합의한 사실이 없다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수자인 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌릴 때 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하는 데에 협조한 사실이 충분히 인정되고 이러한 취지로 상세히 판시한 원심 판단은 정당하다.

4) 제1심 공동피고인 10에게 공소외 25 주식회사 돈 60억 원을 빌려주어 배임한 부분 및 공소외 25 주식회사 유상증자대금 60억 원 횡령부분

피고인 8은 피고인 2의 지시에 따라 제1심 공동피고인 10이 운영하는 공소외 26 주식회사를 인수하기 위하여 그 인수대금을 지급한 것이고, 60억 원을 공소외 23에게 갚다 준 것은 맞지만 그 돈이 공소외 25 주식회사 유상증자대금인 줄 모르고 단순히 심부름만 하였을 뿐이라고 주장한다.

살피건대, 원심은 이에 대하여 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 그 판단은 정당하고 피고인의 주장은 이유 없다.

다.

피고인 9

피고인 9에 대한 상법위반과 공전자기록등불실기재 및 행사의 점에 관한 공소소사실의 요지는 ' 피고인 9는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 공소외 22 주식회사의 일반공모 유상증자와 관련하여 유상증자 자본금의 납입을 가장하기로 공모하여, 피고인 9는 피고인 8에게 70억 원을 대여하고 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 공소외 18 주식회사 등 6명의 명의로 유상증자 청약대금으로 입금한 다음 주금납입보관서를 발급받아 발행주식 총수를 변경하는 등기를 하고 75억 원을 자기앞수표로 출금하여 피고인 9에게 교부함으로써 주금납입을 가장하였다'는 것이다.

살피건대, 상법 제628조에 해당하는 납입가장죄는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 납입을 가장하는 행위를 한 때에 성립하는 것이다.

그런데 피고인 9는 공소외 22 주식회사에서 위와 같은 지위에 있지 아니할 뿐만 아니라 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입 가장을 하도록 범의를 유발시킨 것도 아니고, 이미 가장납입 행위를 하기로 마음먹고 있는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10에게 그 대금을 대여해 준 것에 불과하다.

위 피고인이 피고인 8이 증권회사에 유상증자 대금 70억 원을 납입할 때 피고인 8과 동행하여 그 증권계좌들을 담보로 제공받은 사실은 인정되나 이는 대여금의 확실한 회수를 위한 조치였던 것으로 보일 뿐이고, 이 외에 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 함께 납입가장 행위에 가담하는 다른 적극적인 행위를 하였다는 점을 인정할 수 없는 이상 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입가장을 하기 위해 돈을 빌린다는 것을 알고 돈을 빌려 주었다는 사정만으로 피고인 9에게 납입가장죄에 대한 공동정범으로서의 죄책을 물을 수 없고 달리 위 공소소사를 인정할 증거가 없다.

나아가 납입가장 후의 증자 등기 신청으로 인한 공전자기록불실기재 및 행사죄에 대하여 납입대금을 대여하였음에 불과한 피고인 9 피고인에게 등기신청 행위에 대한 공동정범으로서의 기능적 행위지배가 있었다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

이 점을 지적하는 피고인 9의 항소는 이유 있고 이 부분 원심판결은 부당하다.

라. 검사의 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대한 사실오인 주장

검사는 피고인 1이 주식에 대한 시세조종행위로 35억 1,800만 원 상당의 부당이득을 취득하였다고 주장한다.

이에 대하여 원심이 자세하게 판단하였는바 시세조종으로 공소외 4 주식회사 명의 계좌에서 발생한 이익은 공소외 4 주식회사에 귀속된 것으로서 이를 피고인 1이 취득한 것으로 볼 수 없고, 각 증권계좌에서 주식이 실물로 입고, 출고 되었다는 사정만으로 그 주식이 입출고 된 날의 증가로 취득되었거나 처분되었다고 단정할 수 없는 점 등에 비추어 보면 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 시세조종을 통하여 35억 1,800만 원의 이득을 취하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 원심 판단은 정당하다.

### 3. 검사와 피고인들의 각 양형부당 주장에 대한 판단

검사는 피고인 1(징역 7년), 피고인 3(징역 3년에 집행유예 4년), 피고인 5(징역 1년에 집행유예 2년), 피고인 6(징역 1년), 피고인 7 주식회사(벌금 5억 원)에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 주장하고, 피고인 1, 2(징역 4년), 피고인 4(징역 1년 6월에 집행유예 3년), 피고인 5, 피고인 7 주식회사, 피고인 8(징역 5년), 피고인 9(징역 1년에 집행유예 2년)는 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 주장한다.

#### 가. 피고인 1

피고인 1은 피고인 7 주식회사를 통하여 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사에 대한 지배력을 강화하고 증권회사를 설립할 목적으로無理하게 회사를 인수하고 원리금보장 하에 유상증자를 실시하였으며 그 자금을 마련하기 위해 보유 주식을 담보로 대출 받고 각 자회사의 자금을 돌려막기 식으로 무분별하게 사용하였으며 새로운 자금원을 확보하기 위해 사채까지 빌려 기업인수를 단행하고 인수대상 기업의 자산을 담보로 제공함으로써 그 기업의 부실을 초래하였다.

또한 관계 회사들의 추가하락으로 인한 담보주식의 반대매매와 투자자들의 원리금 보장 요구를 막기 위하여 장기간 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주식에 대한 시세조종을 하였고 그 시세조종 자금에 관계 회사들의 자금을 무분별하게 사용하였다.

이러한 피고인의 행위에 의하여 외견상 드러나는 횡령, 배임 액수가 상당한 금액에 이르고 공소외 17 주식회사는 파산에 이르게 되었다.

그러나 한편, 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사, 피고인 7 주식회사에서 횡령한 금액 중 상당 부분은 상환되었거나 회복된 것으로 보이는 점, 공소외 3과의 관계에서 피고인 7 주식회사에게 실제 손해를 입힌 금액은 앞서 본 바와 같이 14억여 원인 점, 이러한 범행들로 인하여 피고인 1이 개인적으로 얻은 이익은 별 없어 보이는 점, 음주운전으로 인한 벌금 전과 외에 별다른 범죄전력이 없는 점, 깊이 뉘우치고 있는 점 등이 인정된다.

여기에도가 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면 피고인 1에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 나. 피고인 2

피고인 2는 공소외 1 주식회사 및 관계회사들을 실질적으로 지배하고 있고 피고인 2의 승인 및 묵인이 없으면 피고인 1, 3, 8 등이 판시 범행을 저지를 수 없다.

그러나 피고인 2가 각 범행에 적극적이고 주도적으로 가담한 것으로 보이지는 않은 점, 피고인 2가 보유하던 주식의 대부분이 회사 자금유통을 위한 담보로 제공되었고 이 사건으로 인하여 대부분의 자산을 잃은 점, 자신이 일으키고 오랫동안 경영해 오던 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 상실한 점, 나이가 많고 건강상태가 좋지 않은 점, 이 사건 범행으로 개인적으로 얻은 이익이 별 없는 점, 같은 사건으로 아들까지 재판받고 구속되어 있는 점 등을 감안하

면 피고인 2에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

다.

피고인 3

피고인 3은 공소외 1 주식회사와 그 자회사의 자금을 총괄 관리하면서 자금 유출에 주도적으로 관여하였고 그 액수도 상당액에 이르며 피고인 1의 주식 시세조종에도 가담한 점 등에 비추어 그 죄질 및 범정이 가볍지 않다.

그러나 피고인이 잘못을 뉘우치고 있고 아무런 전과 없으며, 공소외 1 주식회사의 운영자인 피고인 2, 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 범행에 가담하게 된 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 3에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지 않는다.

라. 피고인 4

피고인 4는 아무런 전력이 없고 증권회사에 근무하는 상담사로서 고객인 피고인 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 주식 시세조종에 가담하였으며 주식거래에 따른 수수료 외에 다른 이익을 취득하지 않았고, 잘못을 뉘우치고 있으며 공소외 2 주식회사의 대표이사에 취임하여 성실히 회사를 위하여 노력하였으며 공소외 2 주식회사의 대주주인 공소외 11 주식회사가 선처를 구하고 있는 사실이 인정된다

그러나 이 사건 주식 시세조종행위는 주식거래 시장에서 수요와 공급에 따른 공정한 가격 형성을 방해하여 건전한 주식시장의 육성 및 발전을 저해하고 이로 인한 기업들의 자금조달을 어렵게 하여 국가경제 발전에 해를 끼칠 뿐만 아니라 주식거래에 참여하고 있는 불특정 다수의 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입힘으로써 자본시장의 공정성, 신뢰성, 효율성을 방해한다는 점에 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 4는 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아 마땅하다.

이러한 여러 사정을 감안하면 원심의 형이 무거워 부당해 보이지 않는다.

마. 피고인 5

앞서 본 바와 같이 시세조종행위의 해악 등에 비추어 보면 피고인 5의 행위 또한 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 5도 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아야 마땅할 뿐만 아니라 주식거래에 따른 위험을 전혀 부담하지 않고 주식거래를 하여 시세조종행위에 대한 위험성이 더욱 크며 약속받은 투자금에 대한 이자도 적다고 할 수 없다.

그러나 한편, 피고인은 아무런 범죄전력이 없으며 피고인 1의 요청에 의하여 이 사건 범행에 가담하게 되었고 적극적으로 시세를 끌어 올리기 위해 개개의 주식 매수 행위에 나아간 것으로 보이지는 않는 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 감안하면 피고인 5에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

바. 피고인 6, 피고인 7 주식회사



피고인들이 이 사건 범행에 이른 경위, 과정, 취득한 이익 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 6에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지는 않고, 피고인 7 주식회사에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

#### 사. 피고인 8

피고인 8의 이 사건 횡령, 배임으로 인한 이득액의 합계가 거액이 이르고 공소외 17 주식회사의 인수 및 매각 과정을 주도하면서 공소외 17 주식회사의 자산을 담보로 제공하여 회사를 파산 상태에 이르게 하였으며, 공소외 25 주식회사의 자금을 정상적인 절차를 거치지 않고 대여금 등으로 유출해 그 경영에 큰 타격을 입힌 점에 그 죄질 및 범정이 좋지 않다.

그러나 한편, 피고인 8이 상당한 권한을 가지고 공소외 17 주식회사의 양수도 및 공소외 25 주식회사의 경영에 적극적으로 개입한 것으로 보이기는 하나, 피고인 2로부터 독립하여 자신의 자금을 가지고 독자적으로 공소외 17 주식회사의 매수 및 매도와 공소외 25 주식회사의 운영에 관여한 것으로 보이지는 않고 피고인 2와 피고인 1의 지시 및 묵인 하에 판시 각 범행을 한 것으로 보이는 점, 판시 각 범행으로 인하여 피고인 8이 개인적으로 취득한 이익은 별로 없는 것으로 보이는 점, 공소외 17 주식회사 양수도와 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하게 된 경위에 다소 참작할 바가 있고 공소외 17 주식회사를 피해자로 한 각 횡령죄와 배임죄로 인한 이득은 결국 피고인 2, 1이 운영하는 ○○○○그룹에 귀속한 점, 공소외 25 주식회사 운영자금과 관련하여 제1심 공동피고인 10에 대여한 60억 원은 다시 반환되었고 공소외 41 주식회사에 대여한 금액은 피고인 8과 피고인 2 사이에 다툼은 있으나 이에 의하여 피고인 8이 개인적인 이익을 취한 것으로 보이지는 않는 점, 공소외 25 주식회사 유상증자 대금 횡령금은 공소외 17 주식회사를 인수할 때에 계약금을 빌린 공소외 23에 대한 채무변제에 사용된 점 등을 알 수 있다.

그렇다면 피고인 8이 이 사건 각 범행의 전면에 나서 상당한 금액에 이르는 돈을 횡령하고, 피해자 회사들에 손해를 입혔으나 결국 그 이익의 귀속주체는 대부분 ○○○○그룹이고 ○○○○그룹의 자금 없이는 피고인 8이 공소외 25 주식회사나 공소외 17 주식회사를 인수하거나 운영에 관여할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때 피고인 8은 전체적으로 보아 피고인 2와 피고인 1의 지시에 따라 이 사건 범행을 저지른 것으로 보인다.

이러한 제반 사정을 모두 종합해 보면 피고인 8에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 4. 결론

그렇다면 피고인 1, 2의 일부 사실오인, 법리오해 주장 및 양형부당 주장, 피고인 8의 양형부당 주장, 피고인 9의 사실오인 및 법리오해 주장은 각 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1, 2, 8, 9에 대한 부분을 각 파기하고, 사실오인 주장이 이유 있는 것으로 인정된 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 범죄 사실에 대하여는 피고인 3도 피고인 1, 2와 공범으로 기소되었으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 직권으로 파기하여, 각 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 나머지 피고인들

과 검사의 항소는 모두 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 각 기각한다.

## 【이유】

### 】1. 항소이유 요지

#### 가. 피고인들

피고인 1, 2, 8, 9는 각 사실오인, 법리오해 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 4, 5, 피고인 7 주식회사는 양형부당을 이유로 항소하였다.

#### 나. 검사

검사는 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대하여 각 사실오인 및 양형부당을 이유로 항소하였고, 피고인 3, 5, 6에 대하여 양형부당을 이유로 항소하였다.

### 2. 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

#### 가. 피고인 1, 2

1) 피해자 공소외 1 주식회사를 상대로 한 166억 1,800만 원 횡령 부분 중 원심 별지 범죄일람표1 기재 순번 6, 15, 29 횡령에 대하여

가) 피고인 1, 2는 원심 별지 범죄일람표1 순번 6 기재 공소외 5 주식회사 사업경비로 사용한 2억 5,000만 원은 공소외 1 주식회사의 자회사에 대한 사업경비 지원 명목으로 지급한 것이어서 횡령에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 위 피고인들은 2008. 10.경 공소외 5 주식회사의 자금 15억 원을 빼내어 원심 범죄사실 Ⅱ. 4항 및 VI. 2항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사 주식 매수 및 피고인 2의 공소외 59 증권 대출금 상환에 이용하였다가 막상 공소외 5 주식회사의 사업경비가 모자라자 위와 같이 공소외 1 주식회사 돈 2억 5,000만 원을 공소외 5 주식회사에 지급한 사실을 인정할 수 있다.

그렇다면 공소외 5 주식회사에 지급한 돈의 명목이 어떻든 간에 피고인들은 공소외 1 주식회사 돈을 필요에 따라 마치 자신들의 돈인 양 사용한 것으로 보이고 이는 충분히 횡령죄에 해당한다.

나) 피고인들은 피해자 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사 유상증자 대금으로 사용한 자금은 피고인들이 횡령한 것이 아니라고 주장한다.

살피건대 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 1 주식회사의 자금 6억 원이 공소외 6 주식회사가 공소외 7 주식회사의 유상증자에 참여한 자금으로 사용된 사실은 인정된다.

그러나 한편, 앞서 든 증거들 및 피고인 3의 당심에서의 진술에 의하면 공소외 6 주식회사나 공소외 7 주식회사는 피해자 공소외 1 주식회사가 투자한 자회사인 사실, 공소외 1 주식회사는 공소외 8 유한회사와 함께 50%씩 지분으로 공소외 7 주식회사를 인수하였는데 공소외 7 주식회사가 유상증자를 하자 그 지분 확보를 위해 공소외 6 주식

회사 명의로 공소외 7 주식회사 유상증자에 참여한 사실을 인정할 수 있으므로 앞서 든 사실만으로 피고인들이 유상증자에 제공된 자금을 횡령한 것이라 할 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

그러므로 이 점을 지적한 피고인 1, 2의 항소는 이유 있고, 원심의 이 부분 판단은 부당하다.

다) 피고인 1은 원심 별지 범죄일람표1 순번 29 기재 피고인 7 주식회사가 발행한 워런트를 인수하였던 공소외 9 주식회사에게 위 피고인이 그 인수자금을 지급하여 횡령하였다는 범죄사실은 그 당시 피고인 1이 잠적 중이어서 그 행위에 가담한 바가 없으므로 피고인 1에게 그 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인들이 공소외 9 주식회사에게 워런트를 발행할 때 이미 공소외 9 주식회사에게 그 인수대금을 지급하기로 약정하였고 이 약정에 따라 위와 같이 공소외 1 주식회사 자금으로 인수대금을 교부한 사실을 알 수 있으므로 피고인 1이 인수대금 교부시에 잠적 중이었다는 사정만으로 그 책임을 면할 수 없다.

2) 상환을 완료하였으므로 불법영득의사가 없다는 주장에 대하여

피고인 1, 2는 피고인들에 대한 원심 별지 범죄일람표1 순번 1, 2, 4, 7, 11, 13, 24, 28 기재 횡령금원과 원심 범죄사실 Ⅱ. 3항, Ⅱ. 4항 기재 횡령금원, 피고인 2에 대한 VI. 2항, 3항의 횡령 금원은 모두 피해자들에게 상환되었고 일부 금원은 당일 날 또는 단기간 내에 상환되었을 뿐만 아니라 이는 대부분 피해자들로부터 돈을 교부받을 당시부터 약정한 상환계획에 따라 상환되었으므로 피고인들이 위 자금들을 피해자들로부터 교부받아 다른 곳에 잠시 사용하였다고 하더라도 피고인들에게 불법영득의사를 인정할 수 없다는 취지로 주장한다.

살피건대, 원심이 적절하게 판시한 바와 같이 피고인들이 피해자들의 자금을 사용하게 된 경위, 과정, 자금 사용 횟수 및 액수, 피해자들로부터 자금 인출시 정당한 절차를 거쳤는지 여부, 자금 사용처, 피고인들과 피해자들과의 관계 등 제반사정을 종합하면 피고인들은 피해자 공소외 1 주식회사와 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사의 자금을 마치 피고인들 소유인 것처럼 사용한 사실을 알 수 있으므로 그 자금이 단기간 내에 상환되었다 하더라도 피고인들에게 불법영득의사가 있었음을 넉넉히 인정할 수 있다.

나. 피고인 1

1) 공소외 3과 원금보장약정 하에 체결한 금전소비대차약정에 의한 배임 부분

가) 피고인은 원심 범죄사실 IV. 1항 기재와 같이 피해자 피고인 7 주식회사에게 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 한 것은, 피고인 7 주식회사가 일본의 공소외 11 주식회사로부터 투자를 받으면서 공소외 1 주식회사의 지분을 30%까지 확보하고 공소외 2 주식회사를 합병하기로 약정하였기 때문에 경영상의 필요에 의하여 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사에 대한 우호지분을 확보하기 위해 공소외 3으로부터 주식매수자금을 지원받기 위한 것이었으므로 이는 피고인 7 주식회사의 이익을 위한 것이어서 배임죄에 해당하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 일본 공소외 11 주식회사에게 전환 사채 250억 원을 발행하고 그 사채대금을 지급받으면서 그 조건으로 공소외 11 주식회사와 사이에 피고인 주장과 같은 약정을 한 사실은 인정된다.

그러나 앞서 든 증거에 의하면 피고인 7 주식회사가 공소외 3과 맺은 금전소비대차계약은 공소외 3이 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사에게 주식매수자금을 빌려주되 피고인 1 또는 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 담보로 제공하는 현금의 3배에 달하는 액수만큼 공소외 3이 주식을 매수해 주기로 하고 그 약정 원리금은 3개월 내에 정산하기로 하는 내용임을 알 수 있어 이는 단기간에 주식을 대량으로 매수하기 위한 자금을 융통하는 계약으로 보이고 결국 공소외 3이 매수한 주식은 그 원리금 정산을 위하여 단기간 내에 매각되어야 하므로 피고인이 주장하는 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 지분 확보를 위한 주식 매집과는 거리가 있다.

오히려 원심이 적절하게 판시하였다시피 피고인은 2008. 4.경 증권사 설립을 위한 자금 마련을 위해 공소외 2 주식회사의 유상증자를 실시하면서 개인적으로 유상증자에 참여한 투자자들에게 투자금에 대한 원리금을 보장하였는데 이 투자자들의 원금 보전 요구 또는 보유 주식 매수요구를 막기 위하여 공소외 2 주식회사의 주가 관리가 필요하였던 사실을 인정할 수 있으므로 피고인은 이러한 공소외 2 주식회사와 공소외 1 주식회사의 주가 관리를 위하여 주식을 매수할 필요가 있었고 이를 위하여 공소외 3과 원심 판시와 같은 금전소비대차계약을 체결한 것으로 보인다.

그렇다면 공소외 3을 통한 위와 같은 형태의 주식매수가 피고인 7 주식회사의 경영상 필요한 것으로 보이지 않으므로 피고인이 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주가 하락에 따른 위험부담을 고스란히 피고인 7 주식회사에 부담시킨 피고인의 판시 채무부담행위는 피고인 7 주식회사에 대하여 배임죄를 구성한다.

나) 피고인은 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약은 주가조작이라는 범죄를 실행하기 위한 자금을 대여하는 계약으로서 민법 제103조의 반사회질서에 해당하는 무효의 계약일 뿐만 아니라 피고인은 대표권을 남용하여 이러한 계약을 체결하였으며 공소외 3도 이를 알고 있어 이러한 점에서도 이 계약은 무효이므로 결국 피고인 7 주식회사에게는 아무런 손해가 발생하지 않는다고 할 것이어서 배임죄가 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 앞서 본 바와 같이 원리금 보장 약정 하에 공소외 3이 제공한 자금이 주가관리에 사용되었다는 사정만으로 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차계약이 무효라고 단정할 수 없고, 피고인이 대표권을 남용하고 공소외 3이 이를 알았다는 점을 인정할 증거가 부족할 뿐만 아니라 금전소비대차계약이 민사상 무효인지 여부와는 관계없이 이 금전소비대차 계약으로 피고인 7 주식회사에게 이자 부담 또는 주가하락으로 인한 경제적인 손해가 발생할 위험이 생겼음이 분명하므로 피고인의 이 주장은 이유 없다.

다) 한편, 피고인이 피고인 7 주식회사로 하여금 공소외 3에 대한 채무를 부담하게 함으로써 배임죄가 성립된 사실은 앞서 본 바와 같고, 앞서 든 증거들에 의하면 피고인 7 주식회사와 공소외 3 간의 금전소비대차약정은 7회에 걸쳐 체결된 사실을 인정할 수 있으므로 이에 대한 배임죄는 포괄하여 1죄로 성립하고, 피고인과 공소외 3 사이의 약정에 의하면 공소외 3으로서는 대출금을 현실적으로 지급하는 것이 아니라 현금 담보의 3배에 해당하는 금액만큼 주

식을 매수하여 매수 주식을 담보로 확보한 다음 만기에 원리금을 정산하게 되므로, 피고인의 배임행위인 위 약정에 따라 공소외 3이 얻는 실질적인 이득은 대출원리금에서 현금 및 매수 주식 처분 금액을 공제한 나머지 금액이라고 봄이 상당하므로 이로 인하여 공소외 3이 취득한 이득액은 7회에 걸친 금전소비대차약정의 정산에 따라 피고인 7 주식회사가 공소외 3에게 지급하여야 하는 금액으로 보아야 한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 1, 2, 3회 금전소비대차약정에 따른 정산은 4회 금전소비대차약정으로 대체하였고, 4회 금전소비대차약정에 따른 5차 정산에서 피고인 7 주식회사는 공소외 3에게 582,948,894원을, 5회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 472,039,041원을, 6회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 107,915,922원을, 7회 금전소비대차약정에 따른 정산에서 317,706,346원을 각 지급하여야 하므로 공소외 3은 추가하락으로 자신이 손해 입을 것을 피고인 7 주식회사로부터 보전받게 되어 결국 공소외 3이 취득한 이득액은 위 금원 합계 1,480,610,203원이 된다.

이와 달리 공소외 3이 취득한 이득액이 7회에 걸친 각 금전소비대차약정서의 공증금액의 단순합계인 542억 7,000만원이라는 원심판단은 이와 그 결론을 달리하여 부당하므로 이 점을 지적하는 피고인의 이 부분 항소는 이유 있다.

## 2) 공소외 12 주식회사 BW 매도대금 관련 항령 부분

피고인은, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 당시 인수대금 중 12억 원이 부족하자 이를 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사가 발행한 CB를 인수하면서 공소외 13 주식회사에 지급하였던 CB 대금을 일단 다시 돌려받아 피고인 7 주식회사 대신 인수잔금으로 지급하여 해결하였는데 공소외 2 주식회사가 공소외 13 주식회사에 그 대금을 반환하여야 하게 되자, 피고인은 원심 판시 IV. 2항 기재와 같이 피고인 7 주식회사가 보유하고 있던 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 다음 그 대금을 공소외 13 주식회사에 지급함으로써 결국 이 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 공소외 13 주식회사에 지급한 것은 피고인 7 주식회사가 애초에 부담하였어야 할 공소외 2 주식회사 인수잔금을 지급한 것이 되었으므로 피고인이 피고인 7 주식회사의 돈을 횡령한 것은 아니라고 주장한다.

살피건대, 앞서 든 증거에 의하면 피고인은 위와 같이 공소외 12 주식회사 BW를 매도한 대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장한 사실을 인정할 수 있는데, 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수하면서 인수대금 중 미지급대금이 남아 있었으면 회계기록에 남아 있었거나 적어도 공소외 12 주식회사 BW 매도대금을 피고인 7 주식회사가 공소외 4 주식회사에 빌려준 것처럼 가장할 필요가 없었을 것인 점, 공소외 2 주식회사가 회계처리 없이 인수대금을 책임질 이유가 없는 점 등을 감안하면 피고인 7 주식회사가 공소외 2 주식회사를 인수할 때 인수대금 중 미지급한 대금이 있었다는 점에 부합하는 피고인 1의 진술과 증인 공소외 14의 진술은 쉽게 믿기 어렵고, 달리 피고인의 위와 같은 주장을 인정할 수 없으며, 이러한 사정이 인정되지 않은 이상 판시 범죄사실은 충분히 인정된다.

3) 공소외 15 주식회사 유상증자 대금 횡령 부분

피고인은 피고인 7 주식회사가 공소외 16 명의를 빌려 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이지 피고인이 그 유상증자 대금을 횡령한 것이 아니라고 한다.

살피건대, 원심이 적절히 판단하였다시피 유상증자 받은 공소외 16 명의의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있기는 하였으나 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사의 유상증자에 참여할 경영상의 필요나 이유가 있음을 인정할 아무런 자료가 없으므로 공소외 16의 증권계좌가 피고인 7 주식회사에 보관되어 있었다고 하여 피고인 7 주식회사가 공소외 15 주식회사 유상증자에 참여한 것이라고 볼 수 없다.

4) 증권거래법위반의 점

가) 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 통정매매를 하였다는 부분

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 공소외 3은 앞서 본 바와 같이 7회에 걸쳐 피고인에게 주식매수자금을 대여하되 그 대여금액만큼 공소외 3이 주식을 매수하였고, 그 기간에 피고인 또한 자신이 관리하는 증권계좌로 같은 주식의 매도주문을 내어 둘 사이에 주식매매계약이 수회 체결된 사실을 인정할 수 있다.

그러나 통정매매가 성립하기 위해서는 피고인과 공소외 3이 주식 매도수량, 매매시간, 매매금액에 대한 의견을 교환하여 매매를 체결하였다는 사실이 인정되어야 하는데 앞에서 인정한 사실만으로 이를 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없고 다만, 공소외 3이 피고인과의 계약에 따라 일정량의 주식을 계속 매수하고 있었기 때문에 피고인 1의 매도주문에 의하여 우연히 거래가 체결된 것에 불과할 뿐이다.

나) 사기적 부정거래 사실

피고인 1은 공소외 3과 공모하여 주식시장에서 사기적 부정거래를 한 사실이 없다고 주장한다.

이 부분에 관하여 원심이 자세하게 살폈는바, 피고인 1은 자신이 운영하는 회사의 자금유통, 담보주식의 반대매매 방지 등을 위하여 주가 하락을 방지하거나 주가를 부양할 수 있는 주식 매수자금이 필요했고, 공소외 3은 이러한 피고인의 필요에 응하여 주식을 매수하되 그 계산은 피고인에게 돌림으로써 주식거래에 따른 위험을 부담하지 않고 주식 매수 등 주식거래를 할 수 있게 되었으며, 이에 따라 피고인으로서도 자회사에 대한 자사주 매입 제한을 회피하고 대주주의 주식 취득에 따르는 공시의무를 회피하면서 적은 돈으로 대량의 회사 주식을 매입하거나 유상증자를 할 수 있게 되어 실질은 회사가 자사주를 취득하거나 대주주가 주식을 취득한 것임에도 주식 시장에서는 제3자의 자금이 정상적으로 투자, 유입되었거나 외국인 자금이 투자, 유입된 양 가장하여 주가관리를 할 수 있게 되었다. 그런데 이와 같은 거래는 주식거래 시장에서 투자자들로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 자본시장에서 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에 손해를 전가하여 자본시장의 공정성 신뢰성 및 효율성을 해치게 된다.

그렇다면 사인간의 원리금보장약정에 의한 주식인수나 유상증자가 금지되지 않고 차명증권계좌를 이용한 주식거래가 허용된다고 하더라도 피고인과 공소외 3과의 약정에 의한 위와 같은 주식거래 행위는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항에서 규정하고 있는 '금융투자상품의 매매와 관련하여 부정한 수단이나 기교를 사용하는 행위' 및 '위계의 사용'에 해당된다.

따라서 이 부분 피고인의 주장은 이유 없다.

- 5) 피해자를 공소외 17 주식회사로 한 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분

피고인 1은 공소외 17 주식회사가 정상적인 절차에 의하여 11억 원을 공소외 18 주식회사에 교부한 것으로 알고 있었으며 그에 대한 담보로 공소외 17 주식회사에 공소외 19 주식회사 주식을 제공하였으므로 피고인에게는 이 자금 11억 원에 대한 불법영득의사가 없었고, 신주인수권 불행사 합의로 인한 30억 원 횡령 부분에 관하여는 피고인 1이 피고인 8에게 공소외 20을 소개하였을 뿐 신주인수권 불행사 합의에 관여하지 않았다고 주장한다.

살피건대, 원심은 이 주장에 대하여 상세히 판단하였다.

피고인 1은 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 1 주식회사의 자금 10억 원을 횡령하여 공소외 21에게 인수대금 일부로 지급하면서 곧바로 공소외 17 주식회사로부터 그 돈을 반환받을 것을 알고 있었던 점, 위 30억 원은 피고인 1이 공소외 17 주식회사를 인수할 때 빌린 돈을 갚는데 사용된 점 등 기록에 의하여 인정되는 제반 사정에 비추어 보면 원심판단은 정당하고 피고인의 항소는 이유 없다.

나. 피고인 8

- 1) 공소외 17 주식회사를 인수할 때 공소외 17 주식회사가 소유한 공소외 22 주식회사 주권 1,950만 주를 공소외 23에게 담보로 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수 과정에 참여하였을 뿐이고 인수가 끝난 상태가 아니어서 공소외 22 주식회사 주권의 보관자 지위에 있지도 않았으며 피고인 1이 이 주권을 담보로 제공할지 몰랐다고 주장한다.

살피건대, 원심이 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 피고인 8과 피고인 1, 제1심 공동피고인 10이 공소외 17 주식회사를 인수하면서 공소외 23으로부터 돈을 빌리고 그에 대한 담보로 위 주권을 제공하기로 한 사실이 충분히 인정되므로 원심 판단은 정당하고 위 피고인의 주장은 이유 없다.

피고인 8은 이 사건 공소외 17 주식회사 인수는 이른바 LBO 방식에 의한 것으로 피고인에게 배임이 성립되는 것은 별론으로 하고 횡령죄는 성립하지 않는다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 공소외 17 주식회사에 대한 인수계약이 정상적인 LBO 방식에 의한 인수계약이라 할 수 없고, LBO 방식에 의한 인수계약이라고 하여 횡령이 성립하지 않는다고 할 수 없을 뿐만 아니라 앞서 본 바와 같이 피고인, 피고인 1, 제1심 공동피고인 10에게 공소외 22 주식회사 주권 보관자의 지위가 충분히 인정되므로 피고인의 이 주장 또한 이유 없다.

- 2) 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분

피고인 8은 공소외 22 주식회사 주주총회가 열린 2009. 3. 24. 이후로는 공소외 17 주식회사에 대한 경영권에서 배제 되었으므로 2009. 3. 26. 행해진 공소외 18 주식회사 대여 가장 11억 원 횡령 부분에 대하여는 위 피고인에게 책임을 물을 수 없다고 주장한다.

그러나 원심이 적절하게 판단하였다시피 피고인 8, 1, 제1심 공동피고인 10은 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 21에게 10억 원을 우선 지급한 다음 이를 공소외 17 주식회사 자금으로 공소외 1 주식회사에 반환하기로 협의 하였던 점 등에 비추어 보면 판시 범죄사실이 충분히 인정된다.

3) 공소외 17 주식회사 양도 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보 제공하여 횡령한 부분

피고인 8은 공소외 17 주식회사를 공소외 24에게 양도하는 업무를 맡으면서 공소외 17 주식회사가 보유하던 실물자산인 공소외 22 주식회사 주권을 공소외 24에게 확인시켜 주었을 뿐, 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌리는 데에 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하기로 합의한 사실이 없다고 주장한다.

살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면 피고인 8은 공소외 17 주식회사의 인수자인 공소외 24가 사채업자로부터 돈을 빌릴 때 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하는 데에 협조한 사실이 충분히 인정되고 이러한 취지로 상세히 판시한 원심 판단은 정당하다.

4) 제1심 공동피고인 10에게 공소외 25 주식회사 돈 60억 원을 빌려주어 배임한 부분 및 공소외 25 주식회사 유상증자대금 60억 원 횡령부분

피고인 8은 피고인 2의 지시에 따라 제1심 공동피고인 10이 운영하는 공소외 26 주식회사를 인수하기 위하여 그 인수대금을 지급한 것이고, 60억 원을 공소외 23에게 갚다 준 것은 맞지만 그 돈이 공소외 25 주식회사 유상증자대금인 줄 모르고 단순히 심부름만 하였을 뿐이라고 주장한다.

살피건대, 원심은 이에 대하여 자세하게 판단하였는바 기록에 비추어 보면 그 판단은 정당하고 피고인의 주장은 이유 없다.

다.

피고인 9

피고인 9에 대한 상법위반과 공전자기록등불실기재 및 행사의 점에 관한 공소소사실의 요지는 ' 피고인 9는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 공소외 22 주식회사의 일반공모 유상증자와 관련하여 유상증자 자본금의 납입을 가장하기로 공모하여, 피고인 9는 피고인 8에게 70억 원을 대여하고 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 공소외 18 주식회사 등 6명의 명의로 유상증자 청약대금으로 입금한 다음 주금납입보관서를 발급받아 발행주식 총수를 변경하는 등기를 하고 75억 원을 자기앞수표로 출금하여 피고인 9에게 교부함으로써 주금납입을 가장하였다'는 것이다.

살피건대, 상법 제628조에 해당하는 납입가장죄는 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류



또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 납입을 가장하는 행위를 한 때에 성립하는 것이다.

그런데 피고인 9는 공소외 22 주식회사에서 위와 같은 지위에 있지 아니할 뿐만 아니라 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입 가장을 하도록 범의를 유발시킨 것도 아니고, 이미 가장납입 행위를 하기로 마음먹고 있는 피고인 8, 제1심 공동피고인 10에게 그 대금을 대여해 준 것에 불과하다.

위 피고인이 피고인 8이 증권회사에 유상증자 대금 70억 원을 납입할 때 피고인 8과 동행하여 그 증권계좌들을 담보로 제공받은 사실은 인정되나 이는 대여금의 확실한 회수를 위한 조치였던 것으로 보일 뿐이고, 이 외에 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10과 함께 납입가장 행위에 가담하는 다른 적극적인 행위를 하였다는 점을 인정할 수 없는 이상 피고인 9가 피고인 8, 제1심 공동피고인 10이 납입가장을 하기 위해 돈을 빌린다는 것을 알고 돈을 빌려 주었다는 사정만으로 피고인 9에게 납입가장죄에 대한 공동정범으로서의 죄책을 물을 수 없고 달리 위 공소사실을 인정할 증거가 없다.

나아가 납입가장 후의 증자 등기 신청으로 인한 공전자기록불실기재 및 행사죄에 대하여 납입대금을 대여하였음에 불과한 피고인 9 피고인에게 등기신청 행위에 대한 공동정범으로서의 기능적 행위지배가 있었다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

이 점을 지적하는 피고인 9의 항소는 이유 있고 이 부분 원심판결은 부당하다.

라. 검사의 피고인 1, 피고인 7 주식회사에 대한 사실오인 주장

검사는 피고인 1이 주식에 대한 시세조종행위로 35억 1,800만 원 상당의 부당이득을 취득하였다고 주장한다.

이에 대하여 원심이 자세하게 판단하였는바 시세조종으로 공소외 4 주식회사 명의 계좌에서 발생한 이익은 공소외 4 주식회사에 귀속된 것으로서 이를 피고인 1이 취득한 것으로 볼 수 없고, 각 증권계좌에서 주식이 실물로 입고, 출고 되었다는 사정만으로 그 주식이 입출고 된 날의 종가로 취득되었거나 처분되었다고 단정할 수 없는 점 등에 비추어 보면 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 시세조종을 통하여 35억 1,800만 원의 이득을 취하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 원심 판단은 정당하다.

### 3. 검사와 피고인들의 각 양형부당 주장에 대한 판단

검사는 피고인 1(징역 7년), 피고인 3(징역 3년에 집행유예 4년), 피고인 5(징역 1년에 집행유예 2년), 피고인 6(징역 1년), 피고인 7 주식회사(벌금 5억 원)에 대한 원심의 형이 너무 가벼워 부당하다고 주장하고, 피고인 1, 2(징역 4년), 피고인 4(징역 1년 6월에 집행유예 3년), 피고인 5, 피고인 7 주식회사, 피고인 8(징역 5년), 피고인 9(징역 1년에 집행유예 2년)는 원심의 형이 너무 무거워 부당하다고 주장한다.

가. 피고인 1

피고인 1은 피고인 7 주식회사를 통하여 공소외 1 주식회사 및 공소외 2 주식회사에 대한 지배력을 강화하고 증권회사를 설립할 목적으로 무리하게 회사를 인수하고 원리금보장 하에 유상증자를 실시하였으며 그 자금을 마련하기 위해 보유 주식을 담보로 대출 받고 각 자회사의 자금을 돌려막기 식으로 무분별하게 사용하였으며 새로운 자금원을 확보하기 위해 사채까지 빌려 기업인수를 단행하고 인수대상 기업의 자산을 담보로 제공함으로써 그 기업의 부실을 초래하였다.

또한 관계 회사들의 주가하락으로 인한 담보주식의 반대매매와 투자자들의 원리금 보장 요구를 막기 위하여 장기간 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사의 주식에 대한 시세조종을 하였고 그 시세조종 자금에 관계 회사들의 자금을 무분별하게 사용하였다.

이러한 피고인의 행위에 의하여 외견상 드러나는 횡령, 배임 액수가 상당한 금액에 이르고 공소외 17 주식회사는 파산에 이르게 되었다.

그러나 한편, 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 10 주식회사, 공소외 5 주식회사, 피고인 7 주식회사에서 횡령한 금액 중 상당 부분은 상환되었거나 회복된 것으로 보이는 점, 공소외 3과의 관계에서 피고인 7 주식회사에게 실제 손해를 입힌 금액은 앞서 본 바와 같이 14억여 원인 점, 이러한 범행들로 인하여 피고인 1이 개인적으로 얻은 이익은 별 없어 보이는 점, 음주운전으로 인한 벌금 전과 외에 별다른 범죄전력이 없는 점, 깊이 뉘우치고 있는 점 등이 인정된다.

여기에도가 변론에 나타난 제반 사정을 참작하면 피고인 1에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 나. 피고인 2

피고인 2는 공소외 1 주식회사 및 관계회사들을 실질적으로 지배하고 있고 피고인 2의 승인 및 묵인이 없으면 피고인 1, 3, 8 등이 판시 범행을 저지를 수 없다.

그러나 피고인 2가 각 범행에 적극적이고 주도적으로 가담한 것으로 보이지는 않은 점, 피고인 2가 보유하던 주식의 대부분이 회사 자금유통을 위한 담보로 제공되었고 이 사건으로 인하여 대부분의 자산을 잃은 점, 자신이 일으키고 오랫동안 경영해 오던 공소외 1 주식회사에 대한 경영권을 상실한 점, 나이가 많고 건강상태가 좋지 않은 점, 이 사건 범행으로 개인적으로 얻은 이익이 별 없는 점, 같은 사건으로 아들까지 재판받고 구속되어 있는 점 등을 감안하면 피고인 2에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

다.

#### 피고인 3

피고인 3은 공소외 1 주식회사와 그 자회사의 자금을 총괄 관리하면서 자금 유출에 주도적으로 관여하였고 그 액수도 상당액에 이르며 피고인 1의 주식 시세조종에도 가담한 점 등에 비추어 그 죄질 및 범정이 가볍지 않다.

그러나 피고인이 잘못을 뉘우치고 있고 아무런 전과 없으며, 공소외 1 주식회사의 운영자인 피고인 2, 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 범행에 가담하게 된 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 3에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지 않는다.

라. 피고인 4

피고인 4는 아무런 전력이 없고 증권회사에 근무하는 상담사로서 고객인 피고인 1의 지시와 요청에 따라 이 사건 주식 시세조종에 가담하였으며 주식거래에 따른 수수료 외에 다른 이익을 취득하지 않았고, 잘못을 뉘우치고 있으며 공소외 2 주식회사의 대표이사에 취임하여 성실히 회사를 위하여 노력하였으며 공소외 2 주식회사의 대주주인 공소외 11 주식회사가 선처를 구하고 있는 사실이 인정된다

그러나 이 사건 주식 시세조종행위는 주식거래 시장에서 수요와 공급에 따른 공정한 가격 형성을 방해하여 건전한 주식시장의 육성 및 발전을 저해하고 이로 인한 기업들의 자금조달을 어렵게 하여 국가경제 발전에 해를 끼칠 뿐만 아니라 주식거래에 참여하고 있는 불특정 다수의 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입힘으로써 자본시장의 공정성, 신뢰성, 효율성을 방해한다는 점에 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 4는 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아 마땅하다.

이러한 여러 사정을 감안하면 원심의 형이 무거워 부당해 보이지 않는다.

마. 피고인 5

앞서 본 바와 같이 시세조종행위의 해악 등에 비추어 보면 피고인 5의 행위 또한 그 죄질이 좋지 않다.

또한 피고인 5도 증권업에 종사하는 전문가로서 더 비난받아야 마땅할 뿐만 아니라 주식거래에 따른 위험을 전혀 부담하지 않고 주식거래를 하여 시세조종행위에 대한 위험성이 더욱 크며 약속받은 투자금에 대한 이자도 적다고 할 수 없다.

그러나 한편, 피고인은 아무런 범죄전력이 없으며 피고인 1의 요청에 의하여 이 사건 범행에 가담하게 되었고 적극적으로 시세를 끌어 올리기 위해 개개의 주식 매수 행위에 나아간 것으로 보이지는 않는 점 등 변론에 나타난 제반 사정을 감안하면 피고인 5에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

바. 피고인 6, 피고인 7 주식회사

피고인들이 이 사건 범행에 이른 경위, 과정, 취득한 이익 등 변론에 나타난 제반 사정을 종합하면 피고인 6에 대한 원심의 형이 가벼워 부당해 보이지는 않고, 피고인 7 주식회사에 대한 원심의 형이 무겁거나 가벼워 부당해 보이지 않는다.

사. 피고인 8

피고인 8의 이 사건 횡령, 배임으로 인한 이득액의 합계가 금액이 이르고 공소외 17 주식회사의 인수 및 매각 과정을 주도하면서 공소외 17 주식회사의 자산을 담보로 제공하여 회사를 파산 상태에 이르게 하였으며, 공소외 25 주식회사의 자금을 정상적인 절차를 거치지 않고 대여금 등으로 유출해 그 경영에 큰 타격을 입힌 점에 그 죄질 및 범정

이 좋지 않다.

그러나 한편, 피고인 8이 상당한 권한을 가지고 공소외 17 주식회사의 양수도 및 공소외 25 주식회사의 경영에 적극적으로 개입한 것으로 보이기는 하나, 피고인 2로부터 독립하여 자신의 자금을 가지고 독자적으로 공소외 17 주식회사의 매수 및 매도와 공소외 25 주식회사의 운영에 관여한 것으로 보이지는 않고 피고인 2와 피고인 1의 지시 및 묵인 하에 판시 각 범행을 한 것으로 보이는 점, 판시 각 범행으로 인하여 피고인 8이 개인적으로 취득한 이익은 별로 없는 것으로 보이는 점, 공소외 17 주식회사 양수도와 관련하여 공소외 22 주식회사 주권을 담보로 제공하게 된 경위에 다소 참작할 바가 있고 공소외 17 주식회사를 피해자로 한 각 횡령죄와 배임죄로 인한 이득은 결국 피고인 2, 1이 운영하는 ○○○○그룹에 귀속한 점, 공소외 25 주식회사 운영자금과 관련하여 제1심 공동피고인 10에 대여한 60억 원은 다시 반환되었고 공소외 41 주식회사에 대여한 금액은 피고인 8과 피고인 2 사이에 다툼은 있으나 이에 의하여 피고인 8이 개인적인 이익을 취한 것으로 보이지는 않는 점, 공소외 25 주식회사 유상증자 대금 횡령금은 공소외 17 주식회사를 인수할 때에 계약금을 빌린 공소외 23에 대한 채무변제에 사용된 점 등을 알 수 있다.

그렇다면 피고인 8이 이 사건 각 범행의 전면에 나서 상당한 금액에 이르는 돈을 횡령하고, 피해자 회사들에 손해를 입혔으나 결국 그 이익의 귀속주체는 대부분 ○○○○그룹이고 ○○○○그룹의 자금 없이는 피고인 8이 공소외 25 주식회사나 공소외 17 주식회사를 인수하거나 운영에 관여할 수 없었던 점 등에 비추어 볼 때 피고인 8은 전체적으로 보아 피고인 2와 피고인 1의 지시에 따라 이 사건 범행을 저지른 것으로 보인다.

이러한 제반 사정을 모두 종합해 보면 피고인 8에 대한 원심의 형은 무거워 부당해 보인다.

#### 4. 결론

그렇다면 피고인 1, 2의 일부 사실오인, 법리오해 주장 및 양형부당 주장, 피고인 8의 양형부당 주장, 피고인 9의 사실오인 및 법리오해 주장은 각 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 따라 원심판결 중 피고인 1, 2, 8, 9에 대한 부분을 각 파기하고, 사실오인 주장이 이유 있는 것으로 인정된 원심 별지 범죄일람표1 순번 15 기재 범죄 사실에 대하여는 피고인 3도 피고인 1, 2와 공범으로 기소되었으므로 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 직권으로 파기하여, 각 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하며, 나머지 피고인들과 검사의 항소는 모두 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 각 기각한다.