

증권거래법위반·자본시장과금융투자업에관한법률위반·특정경제범죄가중
처벌등에관한법률위반(사기)·상법위반·특정경제범죄가중처벌등에관

한법률위반(횡령)·업무상횡령

[대법원 2012. 1. 27. 2011도14247]



【판시사항】

- [1] 횡령한 재물을 사후에 반환하거나 변상·보전하는 의사가 있는 경우 불법영득의사가 인정되는지 여부(적극) 및 사후에 변상·보전한 금액을 횡령금액에서 공제하여야 하는지 여부(소극)
- [2] 분식회계에 의한 재무제표 등으로 금융기관을 기망하여 대출을 받은 경우, 사기죄의 성립 여부(적극) 및 이 경우 변제의사와 변제능력이 있거나, 담보가 제공되었거나, 피해자의 재산상에 손해가 없고 사후에 대출금이 상환되었다고 하여 달리 보아야 하는지 여부(소극)
- [3] 구 증권거래법 제207조의2에서 정한 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'의 의미 및 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률상 임의적 몰수·추징 대상인 '구 증권거래법 제207조의2 위반죄로 인한 불법수익'의 의미

【참조조문】

- [1] 형법 제355조 제1항
 - [2] 형법 제347조 제1항
 - [3] 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제207조의2(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 참조), 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8719호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호
- [별표] 제16호(현행 제2조 제1호)
- [별표] 제10호 참조), 제2호 (가)목, 제8조, 제10조

【참조판례】

- [1] 대법원 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3399 판결 /
- [2] 대법원 2005. 4. 29. 선고 2002도7262 판결(공2005상, 871) /
- [3] 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결(공2009하, 1374), 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결(공2010상, 954), 대법원 2011. 7. 28. 선고 2008도5399 판결

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 변호사 김용표 외 5인

【원심판결】 서울고법 2011. 9. 30. 선고 2011노434, 1896 판결

【주문】

】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 대하여

가. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특경법'이라 한다) 위반(횡령) 및 업무상횡령의 점에 관하여

(1) 회사의 대표이사 혹은 그에 준하여 회사 자금의 보관이나 운용에 관한 사실상의 사무를 처리하여 온 자가 회사를 위한 지출 이외의 용도로 거액의 회사 자금을 가지급금 등의 명목으로 인출, 사용함에 있어서 이자나 변제기의 약정이 없음은 물론 이사회 결의 등 적법한 절차도 거치지 아니하는 것은 통상 용인될 수 있는 범위를 벗어나 대표이사 등의 지위를 이용하여 회사 자금을 사적인 용도로 임의로 대여, 처분하는 것과 다름없어 횡령죄를 구성한다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2003도135 판결 등 참조). 한편 횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분을 하는 의사를 말하고, 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에는 지장이 없으며, 그와 같이 사후에 변상하거나 보전한 금액을 횡령금액에서 공제해야 하는 것도 아니다(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3399 판결 등 참조). 그리고 업무상횡령죄에 있어 불법영득의사를 실현하는 행위로서 횡령행위가 있다는 점은 검사가 입증하여야 하는 것으로서 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다고 할 것이나, 주식회사의 대표이사가 회사의 금원을 인출하여 사용하였는데 그 사용처에 관한 증빙자료를 제시하지 못하고 있고 그 인출사유와 금원의 사용처에 관하여 납득할 만한 합리적인 설명을 하지 못하고 있다면, 이러한 금원은 그가 불법영득의 의사로 회사의 금원을 인출하여 개인적 용도로 사용한 것으로 추단할 수 있다(대법원 2004. 9. 24. 선고 2004도3532 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여, 피고인 1이 2004년경부터 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)의 부사장 또는 대표이사로서 공소외 1 회사의 영업부문뿐만 아니라 자금·회계부문까지 업무를 총괄하면서 수시로 직원들에게 회사 자금을 인출하여 오도록 지시한 점, 이 부분 공소사실 해당 금원은 공소외 1 회사의 실제 자금지출 내역을 기재하는 회계장부상 피고인 1의 '가지급금 또는 전도금' 계정으로 처리되어 있는데, 가지급금 또는 전도금 계정의 자금 지출에 관하여 이사회 결의를 거치거나 금전소비대차계약을 작성하는 등의 절차는 전혀 이루어지지 아니하였고, 피고인 1은 위와 같이 가지급금으로 처리한 금원에 대하여 전혀 변제하지 아니한 점, 피고인 1은 일부 금원의 행방이나 사용처에 관하여 제대로 설명하지 못하고 있는 점 등 그 판시와 같은 여러 사정에 비추어, 피고인 1이 가지급금 등의 명목으로 공소외 1 회사의 자금 합계 8,190,399,860원을 임의로 인출하여 횡령한 것으로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

나. 각 사업보고서 허위작성·제출로 인한 증권거래법 위반 및 특경법 위반(사기)의 점에 관하여

(1) 분식회계나 이를 통한 대출에 관여한 사실이 없다는 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인 1이 2004년경부터 자금·회계 업무를 포함한 공소외 1 회사의 경영권 전반을 실질적으로 행사하면서 이 사건 분식회계와 관련된 기안서 등 각종 문서에 부사장 또는 대표이사로서 결재를 하고 회계감사 결과를 보고받았던 점, 피고인 1은 분식회계된 재무제표를 이용한 이 사건 각 대출에 관하여도 보고를 받고 관련 서류에 결재하거나 이사회 의사록에 날인하였으며, 이 사건 각 대출금 중 상당 부분은 피고인 1이 주도한 공소외 2 주식회사 등 계열사 인수자금으로 사용된 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인 1이 이 사건 분식회계 및 각 사업보고서 허위 기재나 이를 통한 대출을 적극적으로 주도·지시한 것으로 보아 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴보면 이는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(2) 나머지 주장에 대하여

피고인 1의 이 부분 나머지 상고이유, 즉 원심이 특경법 위반(사기)의 유죄로 인정한 일부 대출은 충분한 담보와 연대보증인 제공된 정상적인 대출로서 편취 범의를 인정할 수 없다거나(원심 판시 [범죄일람표 1] 순번 7, 9번 대출), 이른바 대한대출로서 그 대출액 전액을 특경법 제3조에 정한 '이득액'으로 볼 수 없다는 주장(위 [범죄일람표] 순번 1 내지 5번 및 8번 대출)은 모두 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

뿐만 아니라 사기죄는 상대방을 기망하여 하자 있는 상대방의 의사에 의하여 재물을 교부받음으로써 성립하는 것이므로, 분식회계에 의한 재무제표 등으로 금융기관을 기망하여 대출을 받았다면 사기죄는 성립하고, 변제의사와 변제능력이 있었다든지 충분한 담보가 제공되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없고 사후에 대출금이 상환되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없으므로(대법원 2005. 4. 29. 선고 2002도7262 판결 참조), 피고인 1이 분식회계된 허위의 재무제표를 제시함으로써 금융기관을 기망하여 위 7, 9번 대출을 받은 이상 그에 관하여 충분한 담보가 제공되었다고 하더라도 사기죄의 성립에는 영향이 없고, 또한 기록을 살펴봐도 위 1 내지 5번 및 8번 대출이 실제로는 기존채무의 변제기 연장에 불과한 대한대출에 해당한다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으므로, 이 부분 상고이유의 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

다.

‘공소외 1 회사 상장폐지’ 관련 미공개정보 이용으로 인한 증권거래법 위반의 점에 관하여

(1) 미공개정보 이용에 관한 고의가 없었다는 주장에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여, 공소외 1 회사는 2008. 9. 30. 기준 누적 분식회계 규모가 약 710억 원에 이르고 2008. 12. 하순경에는 분식회계에 관한 제보를 받은 금융감독원으로부터 회계감리 자료의 제출

을 요구받게 되자 피고인 1은 2009. 1. 초순경 재무담당 직원을 모두 퇴사시키고 관련 회계자료의 멸실 등을 이유로 자료제출을 거부하는 한편 전략기획실 직원 공소외 3에게 피고인 1 소유의 공소외 1 회사 주식 전부를 매각할 것을 지시한 사실, 공소외 1 회사는 법정기한인 2009. 3. 31.까지 2008년도 사업보고서를 제출하지 아니함으로써 2009. 4. 23. 상장폐지된 사실 등을 인정한 다음, 피고인 1은 공소외 1 회사가 상장폐지될 것을 예상하고 공소외 3에게 위 주식매각을 지시한 것으로 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 기록과 대조하여 살펴보면 이는 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

(2) 추정상의 위법 주장에 대하여

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제207조의2에서 정한 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익 또는 회피한 손실액을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

나아가 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8719호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 [별표] 제16호, 제2호 (가)목, 제8조, 제10조에서 몰수 또는 추징 대상으로 정한 구 증권거래법 제207조의2의 범죄행위에 의하여 생긴 재산인 불법수익 역시 위와 마찬가지로 구 증권거래법 제207조의2 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익 또는 회피한 손실액으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 보는 것이 옳고, 법원은 그 인과관계가 인정되는 이익이라고 하더라도 여러 사정을 고려하여 재량에 따라 그 불법수익의 몰수 또는 추징 여부를 최종 결정하면 된다 (대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조).

원심판결 이유 및 기록에 의하면, 피고인 1이 미공개정보를 이용하여 매도한 공소외 1 회사 주식 중 일부는 공소외 1 회사의 채무에 대한 담보조로 공소외 4 등 사채업자에게 제공되어 있던 것으로 피고인 1은 공소외 4 등의 승낙하에 이를 매도하여 그 차용원리금을 공제한 나머지 금액을 돌려받았고, 피고인 1이 주식매도대금 중 일부를 공소외 1 회사의 공과금 납부 등 용도에 사용하도록 한 사정을 알 수 있으나, 그와 같은 사정만으로 위 주식매도로 인하여 회피한 손실액 중 위 차용원리금이나 공과금 납부 등에 사용된 금원이 피고인 1에게 귀속된 것이 아니라고 볼 수는 없고 이는 피고인 1에게 일단 귀속된 이익의 사후 처분방법에 불과하다 할 것이다.

따라서 원심이 피고인 1에게 미공개정보를 이용한 주식매도로 회피한 손실액인 2,783,724,808원 전액에 관하여 추징을 명한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같은 추징에 관한 법리오해의 위법이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원 2007. 10. 12. 선고 2007도6012 판결은 도박개장으로 인한 범죄수익 중 공범에게 귀속됨으로써 피고인에게 실질적으로 귀속되지 아니한 이익을 피고인으로부터 추징할 수 없음을 판시한 것으로 이 사건과 사안이 달라 원용하기에 적절하지 아니하다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여

가. 상고이유 제1, 2점에 대하여

이 부분 상고이유는 모두 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나. 상고이유 제3점에 대하여

양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속한다고 해석되므로, 상고심으로서 형사소송법 제383조 제4호에 의하여 사형·무기 또는 10년 이상의 징역·금고가 선고된 사건에서 형의 양정의 당부에 관한 상고이유를 심판하는 경우가 아닌 이상, 사실심법원이 양형의 기초 사실에 관하여 사실을 오인하였다거나 양형의 조건이 되는 정상에 관하여 심리를 제대로 하지 아니하였다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없으나, 사실심법원이 피고인에게 공소가 제기된 범행을 기준으로 그 범행의 동기나 결과, 범행 후의 정황 등의 형법 제51조가 정한 양형조건으로 포섭되지 않는 별도의 범죄사실에 해당하는 사정에 관하여 그것이 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명력을 갖춘 증거에 의하여 증명되지 않았음에도 핵심적인 형벌가중적 양형조건으로 삼아 형의 양정을 함으로써 피고인에 대하여 사실상 공소가 제기되지 않은 범행을 추가로 처벌한 것과 같은 실질에 이른 경우에는 단순한 양형판단의 부당성을 넘어 죄형균형의 원칙 내지 책임주의 원칙의 본질적 내용을 침해한 것이 되므로, 그 부당성을 다투는 피고인의 주장은 이러한 사실심법원의 양형심리 및 양형판단 방법의 위법성을 지적하는 취지로 보아 적법한 상고이유로 평가될 수 있음(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결 참조)은 상고이유로 지적하는 바와 같다.

그러나 제1심판결 및 원심판결 이유에 의하면, 피고인 2는 제1심에서부터 2007. 4. 6.자 6억 원 업무상횡령 부분을 제외한 나머지 공소사실을 전부 인정하였고, 제1심은 이 사건 각 범행의 수단과 결과, 규모, 피해변제 여부 등 여러 양형 조건에다가 법정형 및 양형기준에 따른 권고형까지 종합적으로 고려하여 피고인 2에 대하여 형의 양정을 하였으며 원심 또한 마찬가지로 알 수 있을 뿐이고, 상고이유 주장과 같이 제1심이 6억 원 업무상횡령 부분을 핵심적인 형벌가중적 양형조건으로 삼았다거나 원심이 제1심과는 달리 6억 원 업무상횡령 부분을 무죄로 판단하면서도 사실상 유죄로 인정된다는 전제하에 제1심과 동일한 형을 선고한 것으로는 볼 수 없으므로, 원심의 피고인 2에 대한 양형판단이 사실상 유죄로 입증되지 않은 범행을 추가로 처벌한 것과 같은 실질에 이르렀다거나 피고인 2의 항소심에서의 방어권 행사가 침해되는 결과를 초래하였다고 볼 수 없다.

이 부분 상고이유 주장은 이유 없다.

3. 검사의 상고이유에 대하여

가. 무죄 부분에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 2006. 3. 20.자 1,000만 원, 2006. 9. 29.자 1,000만 원 및 2007. 10. 8.자 1,178,400,140원 각 업무상횡령의 점과 피고인 2에 대한 2007. 4. 6.자 6억 원 및 2008. 3. 25.자 3,000만 원 각 업무상횡령의 점을 모두 무죄로 판단하였다.

기록에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

나. 공소기각 부분에 관하여

포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 동기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특

정되는 것이지만, 비록 공소범죄의 특성에 비추어 개괄적인 기재가 불가피한 경우가 있다 하더라도, 사실상 피고인의 방어권 행사에 지장을 가져오는 경우에는 형사소송법 제254조 제4항에서 정하고 있는 구체적인 범죄사실의 기재가 있는 공소장이라고 할 수 없다(대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결 등 참조).

원심은, 피고인 2에 대한 업무상횡령의 점 중 '2006년경부터 2008년경까지 공소외 1 회사 회사 자금을 수시로 수표로 인출하여 합계 3억 8,000만 원을 횡령하였다'는 공소사실에 대하여, 횡령의 시기와 종기도 명확히 특정하지 않고 막연히 2년 남짓에 이르는 기간을 제시하고 있고 범행횟수는 전혀 제시하지 아니하고 있으며, 범행방법에 대하여도 막연히 수표를 인출하였다고 할 뿐 어떠한 명목으로 어떠한 자금을 횡령하였다는 것인지 특정되어 있지 않아, 이 부분 공소사실은 기본적 사실관계가 동일하여 포괄일죄에 해당하는지 여부조차 판단하기 어려울 뿐만 아니라 피고인 2로서도 자금지출 내역을 소명하는 등 방어권을 행사하는 것이 불가능하다는 이유로, 이 부분 공소사실은 특정되지 아니하여 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당한다고 판단하였다.

위 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 이러한 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공소사실 특정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 결론

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

대법관 전수안(재판장) 양창수 이상훈(주심) 김용덕