

자본시장과금융투자업에관한법률위반·특정경제범죄가중처벌등에관한법률  
위반(횡령)·주식회사의외부감사에관한법률위반·업무상횡령·특정경  
제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·특정경제범죄가중처벌등에관  
한법률위반(증재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(수재등  
)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)·배임수재·범인도피



[서울고등법원 2011. 8. 26. 2011노183]

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 8인

【항 소 인】 피고인 1 외 7인 및 검사

【검 사】 전준철

【변 호 인】 변호사 박승권 외 12인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2010. 12. 28. 선고 2010고합160, 2010고합318(병합) 판결

【주문】

】

1. 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분, 피고인 2에 대한 유죄부분[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유무죄 부분 포함] 및 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대한 부분을 모두 파기한다.

2. 가. 피고인 1

피고인 1을 징역 5년에 처한다.

나. 피고인 2

피고인 2를 징역 3년에 처한다.

다. 피고인 5

피고인 5를 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 3년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 5에게 복지시설 봉사활동 80시간의 사회봉사를 명한다.

피고인 5로부터 7,000만 원을 추징한다.

라. 피고인 6

피고인 6을 징역 1년 6월에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 3년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 6에게 복지시설 봉사활동 80시간의 사회봉사를 명한다.

피고인 6으로부터 1억 원을 추징한다.

마. 피고인 8

피고인 8을 징역 1년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인 8에게 복지시설 봉사활동 40시간의 사회봉사를 명한다.

피고인 8로부터 1억 4,000만 원을 추징한다.

3. 가. 이 사건 공소사실 중, ① 피고인 1에 대한 공소외 1 주식회사 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점, ② 피고인 1에 대한 반기 재무제표 허위공시에 관한 주식회사의외부감사에관한법률위반의 점, ③ 피고인 2에 대한 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점, ④ 피고인 2에 대한 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령의 점, ⑤ 피고인 2에 대한 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에게 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로 인한 업무상횡령의 점, ⑥ 피고인 2에 대한 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점은 각 무죄.

나.피고인 3은 무죄.

4.피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 7, 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소를 모두 기각한다.

#### 【이유】

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....	10
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단 .....	10
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지.....	10
가) 피고인 1.....	10
나) 피고인 2.....	11
다) 피고인 3.....	13
2) 직권 판단(공소장변경).....	14
3) 판단.....	15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부.....	15
나) 사기적 부정거래인지 여부.....	25
다) 재산상 이익의 귀속 주체.....	30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위.....	31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ...	37
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	37

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	38
2) 판단.....	38
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	40
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	44

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...45

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단.....	45
가) 공소사실 요지.....	45
나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52
나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단	53

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무 상횡령 부분에 대한 판단 ..53

1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)	
...63	
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한	
법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..65	
1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66
가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한	
판단 ..68	
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단	
...69	
1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70

가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74
나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75
다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 ...	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89
나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93
나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106
가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	107

1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109
가) 원심의 판단.....	109
나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119
2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128
법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142

#### 1. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지

가) 피고인 1

(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인

유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다.

더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며 유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할 의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.

(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은 법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

다) 피고인 3

(1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

(2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.



(4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 협의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당심에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을 「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25. 서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된 증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

### 3) 판단

#### 가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법인인 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로서 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임을 지겠다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으므로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

##### (2) 당심의 판단

###### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소

로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

#### (나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분을 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확약서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사와 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적을 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심

법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제 2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정에다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던 관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3. 12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 정황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상

증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 정황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적었으면 증자가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적을 유보자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적을 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적을 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한 점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당심 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로

알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, ' 피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뺀다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였고 딱히 쓸 것이 없으니 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당시 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권의 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권의 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권의 모집에 있어 모집가액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권의 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었음에도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼 기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

##### (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권의 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용 목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권의 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권의 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을 하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소외 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소외 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다'고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, '유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다', '참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다', '결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다', '사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다', '우발채무나 부외부채 상환 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사

되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다'고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적을 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8 자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외 24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적을 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적을 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증



권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

##### (1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야

한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

## (2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

## (3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인

정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

① 공소외 8은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', ' 공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의 주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, ' 피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펄로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펄로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펄 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증거가 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이득액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게 2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변

제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선급금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 번복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당심 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, '피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', '피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 반복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하

여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은



정당한 것으로 수금이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약서를 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로서 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는 것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부

를 허위 기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거(공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

- ① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.  
피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표이사에 취임하였다.
- ② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'(공소외 44)은 '을'(피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.

- ③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.
- ④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권(공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.  
단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.
- 이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.
- ⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확인서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확인인들(공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.
- ⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.
- ⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고, 피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.
- ⑧ 공소외 23은 당심 법정에서, '피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', '공소외 8이 인수 협의하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.

⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 "공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다(대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사가 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 '공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거(공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였으면서 그 진술을 반복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 검사가 지적한 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 합계 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의 주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고,

그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜 직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선금금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정

할 수 있다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로 입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다'고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당심 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계



좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실 오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을

유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된 돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명 계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며

칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외 67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰줘야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

#### 2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주 일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에

제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

#### 3) 판단

##### 가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의

경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다."라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를 공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

#### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

## 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.

## 3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당심에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다. 따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

### 1) 공소사실 요지

#### 가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

#### 나) 예비적 공소사실

설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격형성이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적으로 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규 목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점[실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도 비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점(공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련 자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고(공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주

식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소 사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소 사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서 나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가 누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격형성이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의



없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

### 3) 피고인 2의 항소이유 요지

#### 가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 꾀하고자 세운 " 공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 ' 공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

- ② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

#### 나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

#### 다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인 지 이해할 수 없다.

#### 라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

#### 4) 감사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스탁 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

#### 5) 당심의 판단

##### 가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에도 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업가 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손

실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

#### 나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.
- ② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.
- ③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여 추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원 대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다).
- ④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.

다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.

피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다.

).

⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 '공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

'라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다.

).

- ⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

- ⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다.

).

- ⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의서를 작성하였다.

- ⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 쉐 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억 원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 쉐 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다. 이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

- ⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.

⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할 수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을 통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인

것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회는 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이 사직을 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펄에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감을 하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펄에서는 일이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 산성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때

공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기 한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판 기록 1042쪽), 당심 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는 의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태로 서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로써 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.

그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다.



이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

#### (2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은

원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룬(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남은 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 룬을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 룬을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 룬이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식회사의 룬 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

## (2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시

장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

##### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

##### (2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

##### (3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

#### 나) 판단

##### (1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료

를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를 해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑧ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 순수히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑨ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룸 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급

한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수익 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌(계좌번호 2 생략)로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.

) 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스크로우 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉡그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.

) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된 점(수사기록 369쪽 이하), ㉢한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투월브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉣ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ⑦ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉠ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉤ 피고인 5가 원심 법정에서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 놓아야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과 부합하는 점, ⑧ 피고인 6은 검찰에서, '피고인 5가 "공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다"고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, '피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인

출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.

따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

### (3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에게 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선택업무, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다.

이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오히려 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

#### (2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 '피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 주고 비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하

기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외 14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1 주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 ' 피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 ' 공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 ' 공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, ' 공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행한 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행한 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 종합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

## (2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를



인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다(대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의 액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

#### 1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

## 2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었다.

### [변경된 공소사실]

#### 가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

#### 나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

## 3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

### 가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고

인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기 일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉔ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉕ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉖ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각 차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉗ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약서를 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ㉘ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

#### 나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사 회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 ' 공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.

- ② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.
- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은 원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.
- ⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).
- ⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).
- ⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다. 우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).
- ⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날

짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).

- ⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.
  
- ⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).
  
- ⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갖다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).
  
- ⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한 사실이 있다고 진술하였다.
  
- ⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.
  
- ⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록 1347쪽).
  
- ⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인 1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약서를 가짜로라도 만들어 대비할 필요성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하

었는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였고  
다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억  
5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에  
게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고  
인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사  
의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에  
게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 '공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대  
여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만  
원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약을 작성하여 주고, 그 자리에서  
바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이  
사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한  
서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다  
른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나  
보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적  
은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽  
, 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.

따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위  
공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인  
2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의  
회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한  
다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한  
지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사

경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

## 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

## 3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

## 파. 양형부당 주장에 대한 판단

### 1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

### 2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

### 3) 판단

#### 가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을



원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

#### 나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

#### 다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

## 2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판

결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.  
).

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]

**【이유】**

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....10

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단	.....10
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지	.....10
가) 피고인 1	.....10
나) 피고인 2	.....11
다) 피고인 3	.....13
2) 직권 판단(공소장변경)	.....14
3) 판단	.....15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부	.....15
나) 사기적 부정거래인지 여부	.....25
다) 재산상 이익의 귀속 주체	.....30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위	.....31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단	...37
1) 피고인 1의 항소이유 요지	.....37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번	.....37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번	.....37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번	.....37
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번	.....37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번	.....38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번	.....38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번	.....38
2) 판단	.....38
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번	.....40
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번	.....41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번	.....42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번	.....43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번	.....43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번	.....44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번	.....44
다.	
피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단	...45
1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단	.....45
가) 공소사실 요지	.....45

나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52
나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단	53
라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..	53
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기) ...	63
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..	65

1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66
가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단 .....	68
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단 .....	69
1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70
가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74
나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75
다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 .....	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89

나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93
나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사 용함으로 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중 처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106
가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분 에 대한 판단 ...	107
1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109
가) 원심의 판단.....	109
나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119

2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128
법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142

## 1. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지

가) 피고인 1

(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인

유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다.

더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며 유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할 의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수 하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.

(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

## (2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은 법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

다) 피고인 3



(1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

(2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.

(4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 혐의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당시에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을 「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25.

서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된 증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

### 3) 판단

가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

#### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법이 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로서 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임

을 지켰다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으므로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## (2) 당심의 판단

### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

### (나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분을 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주

식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확약서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사과 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적은 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심 법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제 2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정예다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던

관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3. 12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 정황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 정황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적었으면 증거가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적은 유보 자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취

지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한 점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권 신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당심 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로 알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, '피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뻔다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였고 딱히 쓸 것이 없으니까 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당심 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권 모집에 있어 모집가액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었는데도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼 기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업 추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을 하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소외 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소외 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다'고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, '유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다', '참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다', '결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다', '사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다', '우발채무나 부외부채 상황 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다'고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적은 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8



자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외 24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

##### (1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

(2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

(3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

① 공소외 8은 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', '공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의 주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, '피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펄로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', '공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펄로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펄 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증명이 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이득

액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게 2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선급금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여

피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 번복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당심 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

#### 나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, ' 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', ' 피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

#### 다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 번복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.



바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약을 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는 것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부를 허위기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

(2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

- ① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.
  - 피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표이사에 취임하였다.
  - ② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'( 공소외 44)은 '을'( 피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.
  - ③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.
  - ④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권( 공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.  
단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.
- 이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수

도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.

- ⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확인서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확인인들( 공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.
- ⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.
- ⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고 ,피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.
- ⑧ 공소외 23은 당심 법정에서, ' 피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', ' 공소외 8이 인수 협의를 하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.
- ⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

- ⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 " 공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양

도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다( 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사도 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 '공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증이 되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

### 나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거(공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였다면서 그 진술을 번복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면,

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 검사가 지정한 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 합계 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의 주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고, 그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜 직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각 하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회 계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선급금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결 국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

## 2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

### 가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주 식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진 술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회 사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으 로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정 할 수 있다.

### 나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로 입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회 사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검 찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익 도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유 는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다 '고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당심 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으



나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등이다

가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유자인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등이다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을 유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된 돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외 67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰줘야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에 제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

3) 판단

가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의 경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다."라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를

공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

#### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.

#### 3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당심에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

나) 예비적 공소사실

설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격홍정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적에서 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규 목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점[실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도

비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실 등이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점( 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련 자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고( 공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

#### 가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

#### 나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서



나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

#### 다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가 누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격흥정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

#### 3) 피고인 2의 항소이유 요지

가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 꾀하고자 세운 " 공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 ' 공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

- ② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인 지 이해할 수 없다.

라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인

의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

#### 4) 감사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스탁 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

#### 5) 당심의 판단

##### 가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빔나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

##### 나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회

사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.

② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.

③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여 추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원 대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다.

).

④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.

다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.

피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식

회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

- ⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오 주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다.

).

- ⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 '공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

'라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

- ⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다.

).

- ⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

- ⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주

식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다.

).

⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의를 작성하였다.

⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억 원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다. 이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.

⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할 수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을 통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인 것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회는 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이사를 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펄에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펄에서는 일이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매

수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 삼성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때 공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판기록 1042쪽), 당시 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는 의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태에서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로써 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.



그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다.

이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

#### 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

가) 항소이유 요지

(1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

(2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적에 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

나) 판단

(1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시에는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은 원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룸(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남은 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 룸을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 룸을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 룸이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식

회사의 룠 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

가) 항소이유 요지

(1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

(2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

(3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

나) 판단

(1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를 해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻

을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑧ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 순수히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑨ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룸 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

- ), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수억 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌( 계좌번호 2 생략 )로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.
- ), 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스크로우 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉡그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.
- ) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된

점(수사기록 369쪽 이하), ㉔한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투웰브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉕ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ㉖ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉑ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉒ 피고인 5가 원심 법정에서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 넣어야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과 부합하는 점, ㉓ 피고인 6은 검찰에서, ' 피고인 5가 " 공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다'고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, ' 피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.

따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

### (3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는

것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선행무, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

#### 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

##### 가) 항소이유 요지

(1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다. 이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오히려 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

(2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

나) 판단

(1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 ' 피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 수고비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외 14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에



서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1 주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 ' 피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 ' 공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 ' 공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, ' 공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행을 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행을 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 종합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지 아니한다.

## (2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주

식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하

며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다( 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의 액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었다.

[변경된 공소사실]

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉢ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉣ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉤ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각 차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉥ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약을 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ⑤ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사 회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 ' 공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.
- ② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.
- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은

원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.

⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).

⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).

⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다.

우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).

⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).

⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.

⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).

⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갖다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).

⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한

사실이 있다고 진술하였다.

- ⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.
- ⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록 1347쪽).
- ⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인 1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약을 가짜로라도 만들어 대비할 필요성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하였는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억 5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 ' 공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만 원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약을 작성하여 주고, 그 자리에서 바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한 서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나 보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽), 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.

따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의 회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한 지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사 경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에는 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

#### 3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하



고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

#### 파. 양형부당 주장에 대한 판단

##### 1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

##### 2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

##### 3) 판단

###### 가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

###### 나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이

사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

#### 다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

## 2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]

**【이유】**

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....	10
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단 .....	10
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지.....	10
가) 피고인 1.....	10
나) 피고인 2.....	11
다) 피고인 3.....	13
2) 직권 판단(공소장변경).....	14
3) 판단.....	15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부.....	15
나) 사기적 부정거래인지 여부.....	25
다) 재산상 이익의 귀속 주체.....	30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위.....	31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ...	37

1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	37
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	38
2) 판단.....	38
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	40
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	44
다.	
피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	45
1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단.....	45
가) 공소사실 요지.....	45
나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52
나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단	53
라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무 상횡령 부분에 대한 판단 ..	53
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기) ...63	
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..65	
1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66
가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..68	
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단 ...69	

1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70
가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74
나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75
다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 ...	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89
나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93
나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106

가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	107
1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109
가) 원심의 판단.....	109
나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119
2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128
법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142
1. 항소이유에 대한 판단	
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단	
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지	
가) 피고인 1	
(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인	

유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다. 더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며 유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할 의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.



(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

## (2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은 법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

## 다) 피고인 3

### (1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

### (2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

### (3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.

#### (4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 협의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

#### 2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당시에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25. 서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된 증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

### 3) 판단

가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

#### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법인이 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임을 지겠다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으므로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## (2) 당심의 판단

### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

### (나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분율 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확약서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사와 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는

점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적은 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심 법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제 2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정에다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던 관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3. 12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으

려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 상황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 상황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에서 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적었으면 증자가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적을 유보자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한 점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에

나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당시 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로 알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, '피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뺀다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였고 딱히 쓸 것이 없으니 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당시 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권의 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권의 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권의 모집에 있어 모집가액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권의 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었는데도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼

기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권의 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권의 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권의 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을 하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소외 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소외 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다



‘고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, ‘유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다’, ‘참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다’, ‘결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다’, ‘사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다’, ‘우발채무나 부외부채 상황 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다’고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적은 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8 자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외 24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는

유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

(1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

(2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

(3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

- ① 공소외 8은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', ' 공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의

주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, ' 피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펠로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펠로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펠 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펠 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증거가 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이익액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게

2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 주식회사의 대표이사가 회사의 금원을 인출하여 사용한

었는데 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선급금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

#### 가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 번복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈

을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당시 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등등다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, '피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', '피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 번복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번



원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피

고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약서를 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로서 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는

것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부를 허위 기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 한 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

- ① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.

피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표이사에 취임하였다.

- ② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제 1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'( 공소외 44)은 '을'( 피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.
- ③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.
- ④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권( 공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.  
단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.
- 이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.
- ⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확약서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확약인들( 공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.
- ⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.
- ⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고 ,피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.

⑧ 공소외 23은 당심 법정에서, ' 피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', ' 공소외 8이 인수 협의하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.

⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 " 공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다( 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사도 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 ' 공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증이 되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

### 나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거(공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였다면서 그 진술을 번복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

### 다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

### 라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조

처는 정당하고, 거기에 검사가 지적인 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 합계 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의 주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고, 그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜 직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각 하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회 계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선금금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주



식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로 입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다'고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당시 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실 오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유자인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을 유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된 돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라

는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외 67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰줘야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

## 2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에 제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

### 3) 판단

#### 가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의 경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다."라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를 공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

#### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.

3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당심에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

나) 예비적 공소사실

설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격홍정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임

무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적에서 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규 목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점(실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도 비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실 등이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점(공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련



자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고( 공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대한 이 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

#### 가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

#### 나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서 나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

#### 다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가

누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격형성이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

### 3) 피고인 2의 항소이유 요지

#### 가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 피하고자 세운 "공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 '공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

- ② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인 지 이해할 수 없다.

라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

4) 검사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스탁 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

5) 당심의 판단

가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함

은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

#### 나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.
- ② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.
- ③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여 추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력

이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다.

).

- ④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.

다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.

피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

- ⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

- ⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다).

).

- ⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 ' 공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

'라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다.

).

⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다.

).

⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의를 작성하였다.

⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 쉐 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억 원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 쉐 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다.

이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.

⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할 수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을

통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인 것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회의 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이사를 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펄에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펄에서는 일이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰



고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 삼성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때 공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기 한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판 기록 1042쪽), 당시 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는 의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태에서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.

그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고

지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다. 이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

#### (2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것

으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은 원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룸(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남은 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 룸을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 룸을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 룸이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식회사의 룸 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

## (2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

##### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

##### (2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

##### (3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

#### 나) 판단

##### (1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를 해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑨ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 순수히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑩ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룠 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수억 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌( 계좌번호 2 생략 )로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.

), 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스크로우 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉡그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.

) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된 점(수사기록 369쪽 이하), ㉢한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투웰브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉣ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ⑦ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉠ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉡ 피고인 5가 원심 법정에서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 놓아야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과

부합하는 점, ⑧ 피고인 6은 검찰에서, ' 피고인 5가 " 공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다'고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, ' 피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.

따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

### (3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에게 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선행무, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다. 이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오너 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

#### (2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적에 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단



(1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 '피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 주고 비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외 14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 '피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 '공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 '공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, '공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행한 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행한 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 중

합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

(2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에게 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로 보지 않는다( 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의 액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등

을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었다.

[변경된 공소사실]

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉢ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉣ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉤ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각 차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉥ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약을 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ⑤ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

#### 나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사

회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 '공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.
- ② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.
- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은 원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.
- ⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).
- ⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).

⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다.

우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).

⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).

⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.

⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).

⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갖다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).

⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한 사실이 있다고 진술하였다.

⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.

⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록 1347쪽).

⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인

1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약서를 가짜로라도 만들어 대비할 필요성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하였는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억 5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 '공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만 원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약서를 작성하여 주고, 그 자리에서 바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한 서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나 보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽), 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.



따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의 회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한 지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사 경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에는 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

파. 양형부당 주장에 대한 판단

1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

3) 판단

가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으

로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

## 2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌 등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.

).

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]

**【이유】**

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....	10
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단 .....	10
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지.....	10
가) 피고인 1.....	10
나) 피고인 2.....	11
다) 피고인 3.....	13
2) 직권 판단(공소장변경).....	14
3) 판단.....	15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부.....	15
나) 사기적 부정거래인지 여부.....	25
다) 재산상 이익의 귀속 주체.....	30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위.....	31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ...	37
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	37
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	38
2) 판단.....	38
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	40

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	44

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...45

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단.....	45
가) 공소사실 요지.....	45
나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52
나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단	53

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무 상횡령 부분에 대한 판단 ..53

1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기) ...63	
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..65	
1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66
가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..68	
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단 ...69	
1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70
가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74
나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75

다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 ...	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89
나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93
나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106
가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	107
1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109
가) 원심의 판단.....	109

나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119
2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128
법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142

1. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지

가) 피고인 1

(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인

유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다.

더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며 유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할 의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인



이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.

(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은 법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격

히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본 시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

#### 다) 피고인 3

##### (1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

##### (2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

##### (3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.

##### (4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 협의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

## 2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당심에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25. 서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된 증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

## 3) 판단

가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법인인 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고

서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로서 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임을 지겠다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으므로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## (2) 당심의 판단

### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

(나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분을 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확약서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사과 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적을 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심 법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소

사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정에다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던 관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3. 12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 정황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 정황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적

있으면 증거가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적은 유보 자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한 점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당심 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로 알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, ' 피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뺀다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였

고 딱히 쓸 것이 없으니까 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당심 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권 모집에 있어 모집가액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었는데도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼 기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

##### (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용 목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관



하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권의 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권의 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을 하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소외 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소외 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다'고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, '유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다', '참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다', '결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다', '사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다', '우발채무나 부외부채 상환 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다'고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자 자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지 매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적은 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재 임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8 자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다 면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외 24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

(1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가

중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

## (2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

## (3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는

행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

① 공소외 8은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', ' 공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의 주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, ' 피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펄로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펄로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제

외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펄 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증거가 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이득액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게 2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

## 2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리

분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선금금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 번복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당심 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시



경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, '피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', '피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 번복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약서를 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는 것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부를 허위기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되

자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.

'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.

피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표이사에 취임하였다.

② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'( 공소외 44)은 '을'( 피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.

③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.

④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권(공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.

단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.

이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.

⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확인서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확인인들(공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.

⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.

⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고, 피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.

⑧ 공소외 23은 당시 법정에서, '피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', '공소외 8이 인수 협의를 하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.

⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 "공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다(대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사가 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 '공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

### 나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이

후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였다면서 그 진술을 번복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 검사가 지정한 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 함께 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의 주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고, 그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜



직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선금금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로

입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다'고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당시 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

#### 다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

#### 라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을 유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된 돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외

67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰줘야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

#### 2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에 제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법

의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

#### 2) 감사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

#### 3) 판단

##### 가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의 경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다.

"라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를 공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

#### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.

### 3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당심에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

##### 가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

##### 나) 예비적 공소사실

설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격홍정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적에서 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규



목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점(실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도 비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점(공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련 자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고(공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서 나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가 누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격흥정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상

장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

### 3) 피고인 2의 항소이유 요지

#### 가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 꾀하고자 세운 "공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 '공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

- ② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

#### 나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인지 이해할 수 없다.

라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

4) 감사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스탁 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

5) 당심의 판단

가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하

의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.
  - ② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.
  - ③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여 추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원 대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다.  
).
  - ④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.
- 다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.
- 피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다.

).

⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 ' 공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

'라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다.

).

⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매

수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다.

).

⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의를 작성하였다.

⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억 원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다. 이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.

⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할 수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을 통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인 것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회는 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이 사직을 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등



은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펠에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감을 하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펠에서는 딜이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 산성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때 공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판기록 1042쪽), 당시 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는

의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태로 서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로써 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.

그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다.

이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실

에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

#### (2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적에 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시에는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은 원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룬(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저

축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남은 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 롬을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 롬을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 롬이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식회사의 롬 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

## (2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

형령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 형령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비

록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

##### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

##### (2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

##### (3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

#### 나) 판단

##### (1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를

해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑧ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 단순히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑨ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룸 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

- ), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수억 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌( 계좌번호 2 생략 )로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.

- ), 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스스로 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉠ 그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.
- ) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된 점(수사기록 369쪽 이하), ㉡ 한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투웰브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉢ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ㉣ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉤ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉥ 피고인 5가 원심 법정에서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 넣어야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과 부합하는 점, ㉦ 피고인 6은 검찰에서, ' 피고인 5가 " 공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다'고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, ' 피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.
- 따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

(3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선행업무, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.



이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다. 이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오너 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

#### (2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 '피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 수고비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외

14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1 주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 ' 피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 ' 공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 ' 공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, ' 공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행한 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행한 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 종합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

## (2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에

에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다( 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의 액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당시에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었

다.

[변경된 공소사실]

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉢ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉣ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉤ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각

차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉠ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약을 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ㉡ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

#### 나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사 회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 ' 공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.

② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.

- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은 원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.
- ⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).
- ⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계 처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).
- ⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다. 우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).
- ⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).
- ⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.

- ⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).
- ⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갓다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).
- ⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한 사실이 있다고 진술하였다.
- ⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.
- ⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록 1347쪽).
- ⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인 1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약서를 가짜로라도 만들어 대비할 필요성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하였는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억 5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사



의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 '공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만 원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약을 작성하여 주고, 그 자리에서 바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한 서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나 보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽), 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.

따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의 회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한 지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사 경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에는 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

### 3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

### 파. 양형부당 주장에 대한 판단

#### 1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

#### 2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 3) 판단

##### 가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

## 2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배

임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.

).

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]

**【이유】**

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....10
- 가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단 .....10
  - 1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지.....10
  - 가) 피고인 1.....10
  - 나) 피고인 2.....11

다) 피고인 3.....	13
2) 직권 판단(공소장변경).....	14
3) 판단.....	15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부.....	15
나) 사기적 부정거래인지 여부.....	25
다) 재산상 이익의 귀속 주체.....	30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위.....	31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ...	37
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	37
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	38
2) 판단.....	38
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	40
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	44
다.	
피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	45
1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단.....	45
가) 공소사실 요지.....	45
나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52

나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단	53
라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..	53
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기) ..	63
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..	65
1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66

가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..	68
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단 ...	69
1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70
가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74
나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75
다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 ..	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89
나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93

나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에게 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사 용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중 처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106
가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분 에 대한 판단 ...	107
1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109
가) 원심의 판단.....	109
나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119
2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128



법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142

#### 1. 항소이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지

가) 피고인 1

(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인

유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다.

더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며 유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할 의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.

(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은 법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

다) 피고인 3

(1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

(2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

(3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.

(4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 협의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당심에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을 「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25. 서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된

증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

### 3) 판단

#### 가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법이 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로서 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임을 지겠다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으

로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## (2) 당심의 판단

### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

### (나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분율 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결

의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확약서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사와 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적을 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심 법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제 2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정에다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던 관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3.

12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적을 정함에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 정황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 정황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적었으면 증자가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적은 유보 자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적은 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한

점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권 신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당심 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로 알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, ' 피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뺀다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였고 딱히 쓸 것이 없으니 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당심 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권의 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권의 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권의 모집에 있어 모집가액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또



한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었는데도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼 기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소의 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소의 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회

사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다'고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, '유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다', '참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다', '결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다', '사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다', '우발채무나 부외부채 상황 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다'고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적은 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8 자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외

24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고

, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

##### (1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

##### (2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증

자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

### (3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

- ① 공소외 8은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', ' 공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주

가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의 주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, ' 피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펄로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펄로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펄 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증거가 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이득액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게 2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하

는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선급금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

#### 가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 반복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였



던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당심 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

#### 나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, '피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', '피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

#### 다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 번복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있

다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로서 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약서

를 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는 것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부를 허위 기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

- ① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.

피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영

권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표 이사에 취임하였다.

- ② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제 1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'( 공소외 44)은 '을'( 피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.
- ③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채 권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.
- ④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행 되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권( 공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.  
단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.
- 이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.
- ⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확약서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확약인들( 공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.
- ⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.

⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고, 피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.

⑧ 공소외 23은 당심 법정에서, ' 피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', ' 공소외 8이 인수 협의하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.

⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 " 공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다( 대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사도 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 ' 공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증이 되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사

에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

### 나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거(공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였다면서 그 진술을 번복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

### 다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 검사가 지정한 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 합계 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의



주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고, 그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜 직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선금금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로 입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다'고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당심 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을

인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을

종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을 유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된

돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명 계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외 67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰둬야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거

쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

## 2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에 제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

## 2) 감사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

## 3) 판단

### 가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의 경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다."라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를 공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수

금이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.

3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당시에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

나) 예비적 공소사실



설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격흥정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적에서 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규 목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점[실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도 비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점(공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고

인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련 자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고( 공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대한 이 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

#### 가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

#### 나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서 나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가 누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격형성이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

3) 피고인 2의 항소이유 요지

가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 피하고자 세운 " 공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 ' 공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

#### 나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

#### 다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인 지 이해할 수 없다.

#### 라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

#### 4) 검사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스닥 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

#### 5) 당심의 판단

##### 가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사

물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빔나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

#### 나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.
- ② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.
- ③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여

추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원 대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다.

).

- ④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.

다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.

피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

- ⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

- ⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다.

).

- ⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 ' 공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다).

⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다).

⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의를 작성하였다.

⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 쉐 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억

원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다. 이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.

⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할



수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을 통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인 것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회는 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이 사직을 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펄에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펄에서는 일이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수

하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 산성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때 공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기 한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판 기록 1042쪽), 당시 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는 의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태에서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로써 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.

그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색

해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다.

이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

#### (2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적에 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였

다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시에는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은 원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룸(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남는 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 룸을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 룸을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 룸이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식회사의 룸 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

## (2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야

하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

##### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

##### (2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

##### (3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

## 나) 판단

### (1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를 해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑨ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 단순히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑩ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룠 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수억 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌( 계좌번호 2 생략 )로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.

), 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스크로우 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉡그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.

) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된 점(수사기록 369쪽 이하), ㉢한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투웰브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉣ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ⑦ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉤ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉥ 피고인 5가 원심 법정에서

서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 놓아야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과 부합하는 점, ⑧ 피고인 6은 검찰에서, ' 피고인 5가 " 공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다'고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, ' 피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.

따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.

그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

### (3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단



1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선택업무, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

가) 항소이유 요지

(1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다.

이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오너 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

(2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적에 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

## 나) 판단

### (1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 '피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 수고비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외 14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1 주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 '피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 '공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 '공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, '공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행한 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행한 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않

고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 종합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

(2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에게 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다( 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의

액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당심에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었다.

[변경된 공소사실]

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

### 가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉢ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉣ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉤ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각 차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉥ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약을 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ⑤ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

### 나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사 회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

- ① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 '공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.
- ② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.
- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은 원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.
- ⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).

⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계 처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).

⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다.

우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).

⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).

⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.

⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).

⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갖다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).

⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한 사실이 있다고 진술하였다.

⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.

⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록



1347쪽).

- ⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보 이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인 1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관 하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소 외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반 기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약서를 가짜로라도 만들어 대비할 필요 성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하 였는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였 다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억 5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에 게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고 인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사 의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에 게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 ' 공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대 여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만 원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약서를 작성하여 주고, 그 자리에서 바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이 사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한 서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다 른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나 보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적 은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽

), 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.

따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의 회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한 지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사 경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에는 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

파. 양형부당 주장에 대한 판단

1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

3) 판단

가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

## 2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.

).

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]

**【이유】**

】 다음과 같은 순서로 나누어 항목별로 판단한다.

다 음

1. 항소이유에 대한 판단.....	10
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단 .....	10
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지.....	10
가) 피고인 1.....	10
나) 피고인 2.....	11
다) 피고인 3.....	13
2) 직권 판단(공소장변경).....	14
3) 판단.....	15
가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부.....	15
나) 사기적 부정거래인지 여부.....	25
다) 재산상 이익의 귀속 주체.....	30
라) 인과관계 및 이익액 산정 범위.....	31
나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단 ...	37
1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	37
가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	37
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	37
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	37
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	37
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	38
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	38
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	38
2) 판단.....	38

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번.....	40
나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번.....	41
다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번.....	42
라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번.....	43
마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번.....	43
바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번.....	44
사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번.....	44

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...45

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단.....	45
가) 공소사실 요지.....	45
나) 항소이유 요지.....	46
다) 판단.....	46
2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단.....	51
가) 공소사실 요지.....	52
나) 원심의 판단.....	52
다) 검사의 항소이유 요지.....	53
라) 당심의 판단 53	

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무 상횡령 부분에 대한 판단 ..53

1) 피고인 1의 항소이유 요지.....	53
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	53
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	54
다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	54
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	54
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	54
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	55
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	55
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	55
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	56
2) 판단.....	56
가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번.....	56
나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번.....	57

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번.....	58
라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번.....	58
마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번.....	59
바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번.....	60
사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번.....	61
아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번.....	61
자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번.....	62
마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기) ...63	
1) 공소사실 요지.....	63
2) 판단.....	64
바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ..65	
1) 공소사실 요지.....	65
2) 검사의 항소이유 요지.....	66
3) 판단.....	66
가) 원심의 판단.....	66
나) 당심의 판단.....	67
사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단 ..68	
1) 공소사실 요지.....	68
2) 검사의 항소이유 요지.....	68
3) 판단.....	68
아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단 ...69	
1) 공소사실 요지.....	69
가) 주위적 공소사실.....	69
나) 예비적 공소사실.....	69
2) 원심의 판단.....	70
가) 주위적 공소사실에 대한 판단.....	72
나) 예비적 공소사실에 대한 판단.....	72
다) 원심이 유죄로 인정한 부분.....	73
3) 피고인 2의 항소이유 요지.....	74
가) 사실오인.....	74

나) 배임죄 고의에 관한 법리오해.....	75
다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해.....	76
라) 회계법인평가의 증명력 배척.....	76
4) 검사의 항소이유 요지.....	76
5) 당심의 판단.....	76
가) 법리.....	76
나) 인정사실.....	78
다) 판단.....	84
자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단 ...	88
1) 공소사실 요지.....	88
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	89
가) 항소이유 요지.....	89
나) 판단.....	90
3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단.....	93
가) 항소이유 요지.....	93
나) 판단.....	94
차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단 ...	100
1) 공소사실 요지.....	100
2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단.....	101
가) 항소이유 요지.....	101
나) 판단.....	101
3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단.....	106
가) 항소이유 요지.....	106
나) 판단.....	106
카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단 ...	107
1) 피고인 2의 항소이유 요지.....	108
2) 직권판단.....	108
가) 주위적 공소사실.....	108
나) 예비적 공소사실.....	108
3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단.....	109



가) 원심의 판단.....	109
나) 당심의 판단.....	110
타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단 .....	116
1) 공소사실 요지.....	117
2) 검사의 항소이유 요지.....	117
3) 당심의 판단.....	117
파. 양형부당 주장에 대한 판단.....	118
1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지.....	118
2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지.....	118
3) 판단.....	118
가) 피고인 7.....	118
나) 피고인 8.....	119
다) 피고인 9.....	119
2. 결론.....	120
범죄사실.....	122
증거의 요지.....	128
법령의 적용.....	132
양형의 이유.....	134
무죄 부분.....	137
별지.....	142
1. 항소이유에 대한 판단	
가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단	
1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 항소이유 요지	
가) 피고인 1	
(1) 사기적 부정거래에 관한 사실오인	
유상증자대금 266억 원 중 12억 원을 부채변제에 사용한다고 기재하였다고 해서 사기적 부정거래라고 할 수 없다.	
더구나 50억 원이라는 부채변제 예정금액은 그때 당시 확정된 것도 아니고 무조건 변제하여야 하는 것이 아니었으며	
유보자금으로 남은 96억 원 중에서 갚아도 되는 것이고 판결로서 패소한 것이 대부분으로서 회사채무로서 변제할	
의무가 있었으며 전체 증자대금에 비하여 큰 비중도 아니었다.	
(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해	
사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이익을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하	
는 것인데, 피고인 1은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며	
회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.	

(3) 인과관계에 관한 사실오인

이 사건 유상증자 당시 피고인 2는 공소외 15의 펄 회사에 투자할 계획을 포기하였음에도 여전히 가능한 것처럼 풍문을 유포하여, 일반 투자자들은 이를 믿고 공소외 15의 펄 회사에 투자하는 것으로 알고 납입한 것이지 증권신고서 내용을 보고 납입한 것이 아니므로 이 사건 증권신고서의 거짓 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

나) 피고인 2

(1) 공모에 관한 사실오인

(가) 피고인 2가 유상증자 과정에 직접 관여한 사실이나 유상증자를 주도한 피고인 1과 언제 어디에서 어떤 방식으로 공모하였다는 사실이 전혀 입증된 바 없다.

(나) 피고인 2는 M&A 코디네이터 역할만 했을 뿐 공소외 1 주식회사 유상증자의 실무적 과정 및 절차에 관한 문제는 피고인 2가 담당하는 업무 영역에서 벗어난다.

유상증자 자금 사용계획에 관한 전체적인 틀은 최초 2009. 3. 12.자 유가증권신고서 작성시에 확정되었다고 할 것인데, 이를 작성하려면 통상 1~2주가 걸린다는 점을 고려하면 양수도계약을 체결한 2. 13. 직후에 유상증자 준비를 착수하였어야 할 것인바, 피고인 2는 2009. 2. 중순부터 2009. 3. 초순까지 공소외 1 주식회사의 경영에 관여할 권한이나 지위에 있지 않았다.

(다) 가사 증권신고서 작성에 관여하였다고 하더라도 부채 액수가 확정되지도 않았고 그 청구가 이루어지지 않은 상황에서, 또한 펄 회사가 구체적으로 결정되지도 않았고 투자 규모도 확정되지도 않은 상황에서 사후적으로 발생한 결과를 토대로 증권신고서 작성 내용이 잘못되었다고 탓하는 것은 타당하지 않다.

또한, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사 등 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 관심을 둔 것이지 유가증권신고서에 어떠한 내용이 기재되었는지는 관심의 대상이 아니었다.

(라) 공소외 1 주식회사의 유상증자 규모는 피고인 1 측이 정한 것이다.

나아가 유상증자 대금 사용목적에 관하여 ' 피고인 1 측에서 알아서 하라'고 한 사실은 없으며 그것이 사실이더라도 그 말만 가지고 공모하였다는 근거로 해석될 수 없다.

(마) 수사결과 피고인 2 및 그 처가 주가조작 등에 전혀 관여한 바 없다는 사실이 밝혀졌으므로 피고인 2가 유상증자 기간에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지하였다고 볼 수 없다.

(2) 재산상 이익의 해석에 관한 법리오해

(가) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반(이하 자본시장법이라 한다)은 이익의 귀속 주체가 자신인 경우와 제3자인 경우를 명백히 구별하여 규정하고 있는바 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '금전, 그 밖의 재산상의 이익'은

법정형의 기준 및 몰수·추징의 대상 여부의 판단 기준이 되는 것이므로, '자신에게 귀속되는' 재산상 이익으로 엄격히 해석해야 함에도 제3자의 이익까지 포함하는 것으로 해석하는 것은 유추해석에 해당하여 죄형법정주의 원칙상 허용될 수 없다.

(나) 설령 제3자의 이익이 포함된다고 하더라도 유상증자대금 전액이 재산상 이익은 될 수는 없고, 원심 판결에는 자본시장법위반행위와 관련된 이익을 산출할 수 있는 근거가 존재하지 아니하며, 유상증자에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들이 전체적·종합적으로 고려된 바도 없고, 나아가 타당한 인과관계가 인정되는 이익 산정을 위한 검토도 이루어지지 않았다.

(다) 증권신고서를 통해 행위자가 개인적 이익 얻는 경우에만 위 법 제443조 제2항이 적용되어야 하므로 이 사건의 경우는 자본시장법 제444조 제13호(거짓기재)가 적용되어야 한다.

#### 다) 피고인 3

##### (1) 중요사항 거짓 기재에 관한 사실오인

사기적 부정거래 해당 여부는 유상증자 당시의 자금사용 목적을 기준으로 판단해야 하는데 이 사건은 유상증자 이후에 피고인 1, 피고인 2의 독단적 행위로 집행된 것이지 예정된 것이 아니었다.

##### (2) 재산상 이익 취득에 관한 사실오인

피고인 3은 무형적, 소극적 이익도 얻지 않았고 공소외 1 주식회사가 얻은 재산상 이익이 피고인 3의 이익에 영향이 없다면 위 법조항에 위배되지 않는다.

사기적 부정거래의 경우에는 개인이 금전적 이득을 얻거나 회사 내 지배력 강화 등 무형적 이익을 얻는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인 3은 이 사건 유상증자로 인하여 기업의 경영권을 획득한 적도 없고 지배권을 확보한 바도 없으며 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익을 취한 바도 없다.

##### (3) 인과관계에 관한 사실오인

(가) 설령 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 관하여 거짓 기재를 했더라도 일반투자자들은 공소외 15가 위 회사에 참여하는 것으로 오인한 것이므로 그 기재와 일반인들의 유상증자 청약 및 납입 사이에는 인과관계가 없다.

(나) 일반투자자들은 증권신고서가 아니라 일반 풍문을 신뢰하였다고 보아야 하므로 자본시장법 제443조 제1항 제9호, 제178조 제2항(풍문 유포)이 적용되어야 한다.

##### (4) 공모에 관한 사실오인

피고인 3은 경영에 관여한 바 없어 진정한 의미에서의 최대주주가 아니었고 실행행위에 직접 관여하지 아니하였을 뿐만 아니라 전체에 대한 모의과정이나 전체에 대한 의사의 결합도 없었으며, 유상증자에 대하여 알고는 있었으나 그 유상증자 과정이나 자금의 집행 과정에 관여하거나 주도한 바 없다.

2009. 3. 19.자 회계법인에 대한 확인서는 피고인 1이 서명한 것이고, 증권신고서 작성주체는 회사이지 주주가 아니므로 자금 사용목적이 기재되는 점에 관하여는 전혀 인식이나 관심이 없었고 협의한 바도 없다.

피고인 3 스스로 유상증자에 참여하지도 않았고 홍보하지도 않았으며 이사회 결의에 참석하지도 않았다.

## 2) 직권 판단(공소장변경)

위 피고인들의 항소이유에 관하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

검사는 당심에 이르러 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 위반의 점에 대한 이 부분 공소사실을「누구든지 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련한 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니 된다.

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 공모하여, 사실은 266억 원의 유상증자대금 중 최소한 50억 원 이상은 공소외 1 주식회사(2008. 12. 12. 그 상호를 공소외 17 주식회사에서 공소외 1 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 1 주식회사'라 한다)의 전임 대표이사인 공소외 18의 횡령행위 등으로 인하여 발생한 부채(부외부채 포함)를 변제할 생각이었고, 80억 원가량은 다른 회사를 인수할 자금으로 사용할 예정이었음에도 불구하고 2009. 3. 25. 서울 구로구 구로3동 (이하 1 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 금융투자상품인 주식의 매매, 그 밖의 거래에 관한 중요사항인 유상증자를 통하여 조달한 자금의 사용계획에 관하여 그 자금 중 114억 원 상당은 의료바이오사업 시설투자 및 생산자금으로 사용하고, 96억 원 상당은 회사의 성장발전을 위한 유보자금으로 보관하며, 36억 원은 타법인 출자자금으로 사용하고, 12억 원은 회사의 채무변제 용도로 사용하겠다는 취지의 허위 사실이 기재된 증권신고서 및 투자설명서를 작성하여 금융위원회에 제출하고, 증권신고서 및 투자설명서를 금융위원회의 전자공시시스템에 게재하여 이를 공시하여 일반투자자들로부터 266억 원 상당의 유상증자 대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다.

」와 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이상과 같이 공소장변경이 허가됨으로써 원심판결 중 이 부분은 그 심판대상이 변경되었으므로 더는 유지할 수 없게 되었다.

한편, 위와 같이 직권파기사유가 있기는 하나, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되는 것이므로(위 피고인들은 공소장변경이 된 위 공소사실에 관하여도 여전히 항소이유와 같은 취지의 주장을 하고 있다.

) 살펴보기로 한다.

## 3) 판단

가) 피고인 2, 피고인 3이 피고인 1과 공모하였는지 여부

### (1) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2, 피고인 3 모두 상장법인이 일반을 상대로 증권을 모집하기 위하여는 금융위원회에 증권신고서를 제출하는 등의 절차를 거쳐야 한다는 것을 잘 알고 있었고, 그러한 증권신고서에는 조달된 자금의 사용목적이 당연히 포함된다는 것 역시 알고 있었던 것

으로 보이는 점, ② 피고인 2, 피고인 3은 유상증자를 통하여 조달된 자금 중에서 최소한 50억 원 이상이 공소외 1 주식회사의 부채(부외부채 포함)를 정리하는데 사용될 예정이라는 것을 알고 있었는데, 위와 같은 내용을 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 일반인을 상대로 한 증권의 모집이 실패할 가능성이 커서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것도 잘 알고 있었다고 보이는 점, ③ 또한 유상증자로 조달된 자금 중 위 50억 원과 운영자금으로 사용될 예정인 20억 원 이외에 70-80억 원가량의 자금은 모두 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(이하 '피고인 2 등'이라 한다)이 가지고 있다는 펄 회사의 우회상장을 위하여 사용될 예정이었는데, 이 부분 또한 증권신고서에 그대로 기재할 경우에 문제될 소지가 많아서 그에 대하여 사실대로 기재할 수 없다는 것 역시 잘 알고 있었다고 보이는 점, ④ 피고인 2는 유상증자로 조달한 금원의 규모를 정하였을 뿐만 아니라 공소외 8을 통하여 피고인 1 측으로부터 유상증자로 조달될 자금 사용목적에 관한 자료를 요청받았으나, 이에 대하여 피고인 1 측에서 알아서 하라는 취지로 말하였던 점, ⑤ 피고인 2는 주식시장에 허위의 소문을 내거나 고가매수 등의 방법으로 유상증자 절차가 진행되는 동안에 공소외 1 주식회사 주가를 안정적으로 유지되도록 하였고, 피고인 3 또한 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보한 점, ⑥ 피고인 3은 증권신고서와 같은 내용으로 유상증자에 관한 이사회결의를 함에 있어 사외이사로서 위 결의에 찬성한 것으로 보이고, 유상증자 과정에서 필요한 회계감사 과정에서 회계감사결과에 대하여 책임을 지겠다는 각서를 제출하여 회계감사를 마치게 하는 등 유상증자절차의 진행에 적극적으로 협력한 점, ⑦ 피고인 2는 유상증자에 성공하여만 공소외 1 주식회사의 경영권을 얻을 수 있었고, 피고인 3도 유상증자로 자금을 조달하지 아니할 경우에 공소외 1 주식회사의 자금사정상 관리종목이나 상장폐지될 위험이 있었으며, 또한, 피고인 2가 유상증자에 성공하여야 자신이나 그 주변사람들이 보유한 공소외 1 주식회사 주식을 높은 가격에 처분할 수 있었으므로, 양자 모두 일반인들을 상대로 한 이 사건 유상증자가 성공적으로 마쳐야 할 경제적 필요가 충분하였던 점 등을 종합하면, 비록 피고인 2, 피고인 3이 거짓의 사실이 기재된 증권신고서의 구체적인 작성 과정에 직접적으로 관여한 적이 없다고 하더라도 피고인 3은 공소외 1 주식회사의 최대주주로, 피고인 2는 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영할 사람으로 당시 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 공모하여 중요사항인 유상증자로 조달될 자금의 사용목적에 대하여 거짓의 기재를 사용하여 유상증자로 자금을 조달하는 행위를 하였다고 충분히 인정할 수 있다는 이유로 위 피고인들의 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

## (2) 당심의 판단

### (가) 법리

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접, 명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적, 암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 하고, 피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없으며, 한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 일부가 구성요건적 행위 중 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 경우라 할지라도 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정된다면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다( 대법

원 2009. 2. 12. 선고 2008도6551 판결 등 참조).

한편, 형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로( 형사소송법 제307조 제2항), 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 등 참조).

#### (나) 피고인 3의 공모 여부

기록에 비추어 보아도 피고인 3이 증권신고서의 구체적 작성과정에 직접적으로 관여하였다고 볼 아무런 증거가 없고, 나아가 원심 및 당심이 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 원래 공소외 1 주식회사의 최대주주이던 피고인 1이 공소외 19와 사이에 공소외 20 주식회사를 공소외 1 주식회사를 통해 우회상장하기로 하고 공소외 1 주식회사를 공동경영하기로 합의하였고 그 과정에서 공소외 20 주식회사의 투자자였던 피고인 3이 사외이사로 추천·선임되었는데, 위 합의에 따라 공소외 1 주식회사는 바이오 사업을 추진하기 위한 자금 마련을 위해 2009. 1. 29. 이사회 결의를 통해 14억 4,000만 원의 제3자배정방식의 유상증자를 하였고 이때 피고인 3이 지분을 10.11%를 취득하여 최대주주가 되었던 점, ② 이렇듯 피고인 3은 이 사건 유상증자를 추진할 당시 공소외 1 주식회사의 최대주주의 지위에 있기는 하였지만 실은 투자자에 불과하여 회사 업무에 관하여 지시하는 등 실제 경영에는 관여한 바 없었고 출근도 하지 않았으며, 또한 피고인 3은 사외이사의 지위에 있기는 하였지만 급여를 받거나 실질적인 활동은 없었던 것으로 보이고 이사회에 참석하여 이 사건 유상증자 결의에 찬성하였다고 인정할만한 증거도 없으며, 오히려 공소외 8의 원심 법정 진술에 따르면 유상증자를 위한 이사회결의뿐만 아니라 다른 이사회 결의를 할 때도 피고인 3은 참석하지 않은 것으로 보이는 점(공판기록 1767쪽), ③ 피고인 3은 이 사건 유상증자 직후인 2009. 4. 7. 주주총회에서 사외이사직을 사임한 점, ④ 회계감사 과정에서 공소외 21 회계법인에 제출된 피고인 1, 피고인 3 명의의 2009. 3. 19.자 확인서(수사기록 15507쪽)는 공소외 21 회계법인에서 회계감사 결과에 대하여 공소외 1 주식회사의 대표이사인 최대주주로부터 받고자 하였던 서류로서 피고인 1이 자신의 대표이사 직인을 날인한 후 임의로 소지하고 있던 피고인 3의 인감 도장을 날인한 것으로 보이고, 피고인 3 명의의 확정일자 2009. 3. 23.자 확인서(수사기록 15503쪽) 역시 피고인 1이 임의로 서명한 후 공소외 21 회계법인에 제출한 것으로 보이는 점, ⑤ 피고인 3이 유가증권신고서상 유상증자로 조달된 자금의 사용목적을 기재하여야 한다는 것을 알았다는 데 대하여 이를 인정할만한 증거가 없고, 유가증권신고서의 구체적인 내용에 관하여도 알지 못하였던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인 3이 주변 사람들로 하여금 유상증자에 참여하도록 홍보하였다는 것에 대하여는 아래와 같이 믿을 수 없는 공소외 7의 검찰에서의 진술 외에는 이를 인정할만한 증거가 전혀 없는 점, ⑦ 공소외 7은 검찰에서 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 실사주였고, 피고인 1, 피고인 3이 이 사건 유상증자를 주도하였으며, 피고인 3도 유상증자 당시 매수·매도 주문을 많이 냈고 주변 사람들에게 주식을 매집하도록 권유하였다는 취지로 진술하였으나, 원심 법정에서는, 나중에 알고 보니 피고인 1이 경영권자이고 피고인 3은 전혀 경영에 관여하지 않은 것으로 알고 있다고 진술하였고, 자금집행에 관하여 피고인 3이 관여하였는지는 모른다고 진술하였으며, 매수·매도 주문 부분이나 주식 매집 권유 부분은 공소외 8로부터 듣거나 공소외 8과의 대화에서 추정해서 말한 것이라고 진술하였는데, 공소외 8은 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 주식을 매도·매수하여 차익을 얻어가지도 않은 것으로 알고 있다고 진술(증 제2호증 인증서)하는 등 공소외 7의 피고인 3 관여 부분에 관한 진술은 전체적으로 일관되지 아니하고 일부는 추정에 불과하여 쉽사리 믿기 어려운 점 등에 비추어볼 때, 피고인 3에게 이 사건 공소사실에 대한 공동가공의 의사 및 본

질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 볼 수 없고, 달리 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 위 공소 사실에 대하여 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거가 없다.

따라서 피고인 3의 이 사건 공소사실에 대해서는 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하여 위 공소사실을 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이므로, 피고인 3의 위 주장은 이유 있다.

#### (다) 피고인 2의 공모 여부

위 제1의 가.3)가(1)항(판결서 15쪽)에서 원심이 들고 있는 사정에다가 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 2009. 2. 13. 주식 및 경영권 양도 계약(수사기록 8616쪽)에 따르면 피고인 2가 사실상 경영하는 공소외 22 주식회사가 일반공모 유상증자 방식으로 최소 100억 원 이상 증자를 하여야 하고, 유상증자 후 회사 운용자금 20억 원을 제외한 금액은 공소외 22 주식회사의 결정에 의하여 활용하기로 되어 있는 등 이 사건 유상증자는 양수인 측인 피고인 2 등의 책임 영역에 속하는 것이었던 점, ② 다만, 당시 양수인 측의 실무자가 별로 없었던 관계로 양도인 측인 피고인 1 측에서 사실상 유가증권신고서 작성 작업을 양수인 측을 위하여 해 주기로 하였던 점, ③ 그러나 양수인 측이 그 유가증권신고서 작성 과정에 배제된 것은 아니고, 유가증권신고서 작성의 실무작업을 맡을 유상증자 주관사로 공소외 11 주식회사를 선정하였고, 공소외 8과 공소외 13 등이 위 유가증권신고서 작성 과정 초기부터 관여하여 양수인 측의 의사를 전달하였으며, 특히 주식 수 등 자금의 규모를 결정함에 있어서나 2009. 3. 12. 1차 유가증권신고서 접수 이후 주가 변동으로 기준시가가 바뀌어서 늘어난 96억 원의 자금에 관한 사용목적에 있어서는 양수인 측이 이를 명시적으로 지시하기까지 하였고, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면 투자자 모집 및 성공적인 유상증자를 위한 사전정지작업을 양수인 측이 한 점, ④ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 이 사건 유가증권신고서는 자본시장법이 제정된 후 처음 적용되는 유가증권신고서이었고 자본시장법에 의하면 유가증권신고서의 허위로 소비자에게 피해를 입히면 주관사가 상당 부분 책임을 지게 되었으므로 그동안 재정 상태 등이 어려운 회사였던 공소외 1 주식회사의 유가증권신고서 작성 등의 업무를 해야 하는 주관사 역할을 맡으려고 하는 회사가 별로 없었으며, 결국 양수인 측에 의하여 공소외 11 주식회사가 선정되기는 하였으나 공소외 11 주식회사도 그 유가증권신고서 기재 내용에 대해서는 철저한 심사를 하였던 것으로 보이는바, 이러한 제반 정황에 비추어 피고인 2 측도 유가증권신고서 기재의 중요성과 이를 거짓 기재할 경우의 위험성에 대하여는 충분히 인식할 수 있었던 것으로 보이는 점, ⑤ 공소외 23의 당심 법정에서의 진술에 의하면, 공소외 23은 유가증권신고서 작성 무렵 이미 피고인 2 등 양수인 측과 술자리를 같이 하면서 그들을 알고 있었고, 특히 공소외 8과는 나이가 한두 살 차이밖에 나지 않아 편하게 형님이라고 부르기도 하였으며, 유상증자 추진 과정에서 회계감사에서 문제가 생겨 유상증자 추진 일정에 차질을 빚게 될 수도 있게 되자 피고인 2가 직접 공소외 23에게 전화하여 화를 내기도 하였고, 또한 당시 회계감사 부적정 의견이 나올 수 있었는데 피고인 2 측에서 거래소의 로비를 위해 상품권 500만 원을 요청하여 공소외 23이 이를 공소외 13을 통해 전달하기도 하였는바, 이러한 정황에 비추어 볼 때 비록 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서 작성과정에 직접적으로 개입하지는 않았을지 모르지만 유상증자 및 그에 부수하는 전 과정에 걸쳐 계속하여 관여해 왔던 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7도 원심 법정에서, '유가증권신고서에 기재된 내용은 우선적으로 우발채무 상환에 대한 기재가 없었고 비상장 바이오업체에 투자한다는 내용이 없어 허위 기재된 내용이었

고, 증권신고서나 투자설명서에 실제 사용용도를 그대로 적지 않았다는 것을 저도 알고 있었으며, 그것을 그대로 적었으면 증거가 안되었을 것'이라고 진술한 점(공판기록 1460, 1461쪽), ⑦ 공소외 23은 당심 법정에서, 공소외 8로부터 '약 150억 원가량의 사업계획을 써라. 주식은 1,400만 주에 발행을 하라, 늘어난 96억 원에 대한 사용목적을 유보자금으로 기재하라'고 지시를 받아 기재하였다고 진술하고, 또 공소외 8에게 유가증권신고서 작성과 관련하여 '저희가 다 어떻게 씁니까'라고 하자 공소외 8이 '우리는 사람이 없다.

공소외 13 부장을 보낼 테니 공소외 13 부장이 도와줄거다, 기존에 바이오 사업을 하려고 했던 부분이 있으니 먼저 공소외 13 부장과 같이 하고, 대신 공소외 11 주식회사가 가니 거기에 필요한 자료들을 많이 주어라'라고 하는 이야기를 들은 것으로 기억한다고 진술한 점, ⑧ 피고인 1은 당심 법정에서, 공소외 8에게 유상증자대금 사용목적을 어떻게 기재할지 물었는데 공소외 8이 기존에 피고인 1 측이 유상증자를 위해 준비하면서 작성해 두었던 틀대로 작성하라고 하였다고 진술하였고, 공소외 8도 당심 법정에서, 유상증자가 성공하지 못하면 기존에 피고인 1 측이 가지고 있던 계획대로 공소외 20 주식회사에 대한 투자를 통해 공소외 1 주식회사를 운영하려고 하였다는 사실은 알고 있었고 당시 유상증자대금 사용목적을 어떻게 기재할지 묻는 피고인 1에게 '알아서 써달라'고 하였는데, 그렇게 말하면 결국 피고인 1로서는 기존에 가지고 있던 계획대로 유가증권신고서를 작성할 수밖에 없지 않나 생각하였다는 취지로 진술하였으며, 또한 피고인 1로부터 유가증권신고서에 공소외 20 주식회사 등이 기재된다는 식으로 들었고 이를 피고인 2에게 전달하였다는 취지로 진술하였고, 저희가 유가증권신고서에 사업을 하겠다고 제시를 해 놓으면 100억 원이 되든 안 되든 사업을 진행해야 하는 입장인데 만약 저희가 유상증자에 실패를 하고 경영에 관여하지도 못하면 그 사업을 진행할 수 있는 사항이 아니기 때문에 그런 부분에서는 피고인 1보다 안이했을 것이라고 진술한 점, ⑨ 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 8의 지시를 받아 공소외 1 주식회사에 공시 업무를 보기 위하여 2009. 2.경 처음 갔고, 유가증권신고서 작성 기간 중 공소외 13이나 공소외 8이 공소외 11 주식회사 직원들에게 술이나 식사 등을 접대하기도 하였다고 진술한 점, ⑩ 피고인 1은 원심 및 당심 법정에서, 공소외 8, 공소외 13 등은 유가증권신고서를 작성할 때, 즉 3. 25. 이전부터 회사에 출근하였다고 진술하였고(공판기록 830쪽), 공소외 8도 당심 법정에서, 공소외 8 자신은 피고인 2의 지시로 2009. 2. 14.부터, 공소외 13은 공소외 11 주식회사 직원이 유가증권신고서 작성을 위하여 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작할 무렵인 2009. 2. 말경부터 공소외 1 주식회사 사무실에 나오기 시작하였다고 진술한 점, ⑪ 공소외 8은 원심 법정에서, 자금사용목적 부분과 관련하여 당시 유상증자 자금이 들어오면 60억 원을 제외하고 양수인 측 주도하에 쓰는 것으로 되어 있었다고 진술하고(공판기록 1767쪽), 또 당심 법정에서, 양수인 측 주도하에 쓰기로 한 부분은 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사와 공소외 5 주식회사 둘 중의 하나에 투자하는 것으로 정해져 있었기 때문에 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성되고 있다는 것은 저희가 알고 있었다고 진술한 점, ⑫ 공소외 8은 검찰에서, 266억 원 유상증자를 통하여 부외부채를 처리하겠다는 공감대가 자신을 포함하여 피고인 2, 공소외 7, 피고인 1, 피고인 3 등 모두에게 있었고 모두 다 그렇게 처리하는 것으로 알고 있었다고 진술한 점(수사기록 14774쪽), ⑬ 공소외 7은 원심 법정에서, 유가증권신고서 통과시키는 것 등에 대해서는 피고인 1 측이 다 알아서 하겠다고 하였다고 진술하면서, ' 피고인 1 측에서 알아서 한다는 것은 증자공시에 증자대금으로 빚을 갚는다는 내용을 알아서 뺀다고 이해할 수 있는 상황이었느냐'는 질문에 대하여 "유가증권신고서를 통과시키기 위하여 어떤 형태인지는 모르겠지만 감독원에서 통과할 수 있는 내용으로 유가증권신고서를 쓸 것이다"라고 진술한 점(공판기록 1589쪽), ⑭ 공소외 7은 검찰에서, 2009. 2. 중순부터 피고인 2 측 사람들이 공소외 1 주식회사의 회사 업무에 관여하였다고 진술한 점(수사기록 15519쪽), ⑮ 공소외 8은 원심 법정에서, 제가 유가증



권신고서를 쓰려고 하면 자금이나 금액을 쓸 자료가 없다고 한다, 무엇을 써야 되겠느냐고 피고인 2한테 전달하였고 딱히 쓸 것이 없으니 계속 알아서 써 달라고 부탁하였었다고 진술하였고(공판기록 945쪽), 당시 법정에서, 피고인 1로부터 증자대금 사용목적은 어떻게 기재하겠다는 내용을 들었고 그러한 내용을 피고인 2에게 가감 없이 전달했을 것이라고 진술한 점, 공소외 25는 원심 법정에서, '266억 사용처를 누가 정하였나요'라는 질문에 '그에 대한 대부분 결정은 인수자 측인 피고인 2 측에서 한 것으로 알고 있고 주식 수량도 인수자 측에서 정한 것으로 알고 있다'고 진술한 점(공판기록 1725쪽), 피고인 2는 검찰에서, '2009. 2. 13. 계약 당시 부채가 약 60억 원 상당 정도 된다는 것을 피고인 1로부터 들어 알고는 있었다', '그 당시 위 부채 등을 해결해야 한다고 공소외 8이나 피고인 1로부터 들은 것 같다'고 진술한 점(수사기록 14770쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인 2가 피고인 1과 이 부분 공소사실에 관하여 공모한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 위 주장은 이유 없다.

#### 나) 사기적 부정거래인지 여부

##### (1) 원심의 판단

원심은, 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 누구든지 증권 모집에 있어 중요한 사항에 관하여 거짓의 기재를 하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 증권 모집에 있어 일반투자자를 보호하고 증권시장의 거래의 투명성을 제고하기 위하여 같은 법 제119조는 증권 모집에 있어 모집금액이 일정 금액 이상인 경우에 증권신고서를 금융위원회에 제출하여 수리되지 아니하면 모집을 할 수 없도록 규정하고 있고( 제1항), 대표이사 등은 증권신고서의 기재사항에 거짓의 기재가 없다는 확인·검토 후에 서명하도록 규정하고 있으며( 제5항), 또한 같은 법 제123조는 증권신고의 효력이 발생한 날에 투자설명서를 작성하여 이를 금융위원회에 제출하고, 일반인에게도 공시하도록 규정하고 있는바, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권신고서 및 투자설명서에서 모두 반드시 기재하여야 할 사항으로 일응 증권 모집에 있어 매우 중요한 사항이라는 전제하에, 적법하게 채택하여 조사한 각 증거에 의하면, 피고인 1 등은 채무상환으로 예정된 금액이 50억 원가량이 되었으나, 불과 12억 원으로 기재하였고, 그 이외에 다른 법인에 대한 출자자금으로 예정된 금액도 약 70억 원 이상이었는데도 36억 원으로 기재하였으며, 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액도 10억 원가량에 불과하였으나, 110억 원 이상을 사용할 것처럼 기재한 사실을 인정한 후, 위 인정사실에 의하면, 위 유상증자에 참여할 일반인의 기준에서 볼 때 자금의 사용목적에 대하여 위와 같이 기재한 것을 두고 단순히 표시를 잘못 기재하거나 과장한 것으로는 볼 수 없고, 거짓의 기재를 하였다고 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

##### (2) 당심의 판단

구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하는바( 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결 등 참조), 이는 자본시장법 제47조 제3항의 취지에 비추어 볼 때 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항'에도 그대로 적용된다고 할 것이다.

자본시장법 제119조 제6항, 같은 법 시행령 제125조 제1항 제2호 사.목에 따르면 증권 모집 또는 매출에 있어 발행인은 그 모집 또는 매출에 관한 신고서를 금융위원회에 제출하여야 하고 그 증권신고서의 기재사항에는 '자금의 사용

목적'이 포함되어 있는 점, 자본시장법 제122조 제1항, 제3항에 따르면, 금융위원회는 증권신고서 중 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시가 있거나 중요사항의 기재나 표시내용이 불분명하여 투자자의 합리적인 투자판단을 저해하거나 투자자에게 중대한 오해를 일으킬 수 있는 등의 경우 그 정정신고서의 제출을 요구할 수 있고, 증권신고서를 제출한 자는 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 정정하고자 하는 경우에 있어서는 반드시 정정신고서를 제출하여야 하는바, 같은 법 시행령 제130조 제1항 제1호 다.

목에는 그러한 중요한 사항의 하나로 '자금의 사용목적'이 규정되어 있는 점, 자본시장법 제123조에 따르면 증권 모집이나 매출에 있어서 그 발행인은 대통령령으로 정하는 방법에 따라 작성한 투자설명서를 금융위원회에 제출하여야 하는바 같은 법 시행령 제131조 제3항 제1호에는 같은 시행령 제125조 제1항 각호의 사항이 규정되어 있어 결국 투자설명서의 경우에도 '자금의 사용목적'이 필수 기재사항으로 되어 있는 점에 비추어 볼 때, 유상증자로 조달될 자금의 사용목적은 증권 모집에 있어 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

이 사건 증거에 의하면, ① 이 사건 유상증자 당시 부외부채가 약 500억 원 상당이었고 이러한 부외부채는 회사의 사업추진에 상당 부분 걸림돌이 되어 이 문제를 해결하지 않고는 회사를 제대로 운용할 수 없었고, 유상증자 이전에 이미 일부 채권자들과는 채무상환을하기로 합의하기까지 하였던 사실(수사기록 6288쪽), ② 이 사건 양수도계약의 체결과정에서, 피고인 1은 피고인 2 등에게 공소외 1 주식회사가 변제하여야 할 부채가 50억 원가량이 있는데, 유상증자로 공소외 1 주식회사에 들어올 자금 중 50억 원으로 위 부채를 모두 변제하면, 피고인 2 등은 부채가 없는 회사를 인수하게 될 것이라고 하였고, 피고인 2 등도 유상증자 대금 중 50억 원을 공소외 1 주식회사의 부채 변제에 사용하는 것에 대하여 동의한 사실, ③ 피고인 1도 검찰에서, '부외부채는 재무제표에 잡히지 않은 회사의 부실을 나타내는 채무인데 제대로 처리하자면 우발채무로 잡아 처리해야 하는데 약 100억 원 상당을 채무 변제한다고 한다면 누가 증자에 참여하겠습니까', '회사에 잡혀 있는 채무는 얼마 안 되는데 회사 회계에 없는 채무가 많아 이를 해결해야만 회사를 운영할 수 있다는 것은 경영진인 저나 피고인 3, 피고인 2는 두말할 것도 없이 공소외 7, 공소외 8, 공소외 26 등도 알고 있었던 사항이다', '유상증자가 성사되면 곧바로 채무를 변제한다는 것도 당연히 알고 있었다'고 진술한 사실(수사기록 14579, 14580쪽), ④ 공소외 7은 검찰에서, '유상증자의 성공 여부는 자금사용 목적 부분에 있다고 해도 과언이 아니다', '참여하는 주주들도 이 부분에 대해 가장 민감하게 생각하는 부분이기도 하고 이 부분이 분명하지 않거나 명백하지 않으면 유증에 참여하지도 않는다', '결국 266억 원 유상증자의 성공 여부는 자금사용목적 부분이다', '사실 저도 부외부채나 차환자금이 많이 있다고 한다면 그런 유증에는 들어가지 않을 것이다', '우발채무나 부외부채 상환 등으로 기재를 했다면 많은 일반투자자들이 꺼려할 수도 있었을 것이고 쉽게 유증이 성사되지 않았을 뿐더러 대개 실패할 것이다'고 진술한 사실(수사기록 11877, 11882쪽)을 인정할 수 있다.

그렇다면, 양도인 측인 피고인 1과 양수인 측인 피고인 2 등은 유상증자로 들어올 자금 중 50억 원을 피고인 1이 사용하여 책임지고 부외부채를 포함한 채무를 모두 해결한 후 공소외 1 주식회사를 피고인 2 등에게 넘겨주기로 합의하였는데도 단지 12억 원 채무만을 변제하는 것으로 기재한 것은 중요한 사항에 관한 허위의 기재로서, 당시 대차대조표상 부채가 38억 원밖에 되지 않았던 점을 고려할 때 만약 사실대로 부외부채까지 포함하여 50억 원을 변제한다고 신고하여 공시했다면 유상증자 청약에 영향을 미쳤을 것으로 충분히 인정된다.

또한, 피고인 1과 피고인 2 등은 유헬스케어사업에 사용하기로 예정된 금액은 10억 원가량에 불과하였고, 여기에다가 운영자금 약 20억 원과 위 부채 변제 예정액 50억 원을 제외한 나머지 유상증자대금 전부는 공소외 20 주식회사나 공소외 4 주식회사가 아닌 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사의 우회상장을 위한 출자 자금으로 사용하기로 합의하였음에도, 피고인 1이 양수인 측과 만나기 이전인 2009년 초에 유상증자로 조달하려고 자체적으로 계획하였던, 공소외 20 주식회사, 공소외 4 주식회사 출자에 36억 원, 유헬스케어사업 진출을 위한 부지 매입, 시설투자 및 개발생산에 110억 원이라는 자금목적은 그대로 기재한 점 역시 중요한 사항에 관한 허위의 기재 임이 인정된다.

한편, 공소외 8의 당심 법정 진술에 의하면, 당시 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사나 공소외 5 주식회사 둘 중 하나를 펄 회사로 하기로 결정하기는 하였으나 어느 회사가 펄 회사로 될지는 확정되지 않은 상황이었고, 공소외 8 자신도 사실과 다르게 유가증권신고서가 작성된다는 것은 알고 있었으며, 양수인 측이 우선순위를 두고 접촉하였던 공소외 15 박사 관련 공소외 24 주식회사 측과는 공소외 1 주식회사가 유상증자를 하고 모든 부채를 상환하고 나서 공소외 1 주식회사에 자금이 있는 상태에서 공소외 1 주식회사를 넘겨주기로 이야기가 되어 있던 상황이기 때문에 적어도 150억 원 이상의 유상증자를 통하여 공소외 1 주식회사에 현금 시재의 여유가 있을 경우에만 공소외 24 주식회사 측과 거래가 가능하였다는 것인바, 그렇다면 만약 펄 회사의 우회상장을 위해 사용하는 것으로 신고하였다 면 그 불특정성 때문에 신고 수리가 어려워 유상증자 절차가 제대로 이루어지지 못했을 것으로 보일뿐더러, 공소외 24 주식회사의 경우 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 것으로 보인다.

이에 대하여 피고인 1, 피고인 2는 이 사건 유상증자 당시 투자할 비상장회사가 확정이 되지 않았고, 공소외 1 주식회사의 유상증자 이전에는 그 유상증자대금 사용목적은 기재하려 해도 할 수 없었던 상황이며, 또 유상증자가 100억 원 이상이 되지 않을 경우를 대비하여 종전부터 준비해 오던 자금사용계획을 기재하였을 뿐이므로 위 피고인들에게는 유가증권신고서 허위 기재에 관한 책임이 없다는 취지로 주장하나, 자본시장법 제119조는 유가증권의 모집 또는 매출 가액이 일정 규모 이상일 경우 유가증권의 발행인으로 하여금 대통령령이 정하는 사항을 금융위원회에 신고하도록 규정하고 있는바, 이는 투자자를 보호하고 증권시장의 건전성과 투명성을 확보하기 위하여 유가증권을 발행하는 단계에서 유가증권의 가격에 영향을 미칠 수 있는 모든 정보를 투자자에게 완전하게 공시하도록 강제하는 것이므로, 위 규정에 대한 해석에 있어서 그 입법취지를 고려하여 엄격하게 해석하여야 하는 점에 비추어 볼 때, 유가증권신고서 작성 당시 투자할 회사가 확정되지 않았다는 것이 사실과 다른 기재의 정당화 근거는 될 수 없고, 유상증자로 납입될 금액의 규모를 조건으로 하여 유가증권신고서 기재를 달리한다는 것도 마찬가지로 허용될 수 없다.

따라서 피고인 1, 피고인 2가 이 사건 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 실제로 그렇게 사용할 의사나 능력도 없이 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재라 할 것이다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 재산상 이익의 귀속 주체

유가증권에 관한 사기적 부정거래행위로 인한 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다( 위 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등).

또한, 그 이익의 주체에 관하여 법문상으로는 자기 또는 타인의 이익이라고 하지 않고 있으므로 죄형법정주의 이념에 비추어 원칙적으로 자기의 이익만을 의미하는 것으로 해석함이 타당하다.

그러나 자본시장법상 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조부터 제446조까지의 위반행위를 한 경우 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 병과하는 양벌규정( 제448조)을 두고 있는 입법취지에 비추어, 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조 위반행위를 한 경우에는 그 법인의 이익도 이에 포함된다고 하여야 한다.

이 사안의 경우 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 대표자로서 공소외 1 주식회사의 유상증자와 관련하여 중요 사항을 거짓으로 기재함으로써 이익을 얻고자 하는 행위를 한 것이므로 공소외 1 주식회사의 이익도 당연히 이에 포함되고, 피고인 1 개인에게 귀속되는 재산상 이득으로 한정할 것은 아니다.

따라서 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 인과관계 및 이익액 산정 범위

(1) 법리

형법 제17조는 "어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험 발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다."라고 선언하여 범죄행위와 인과관계가 인정되지 않는 결과는 형사 처벌의 근거가 될 수 없음을 분명히 하고 있고, 자본시장법 제443조는 '위반행위로 얻은 이익'을 범죄구성요건의 일부로 삼아 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌을 매우 가중하고 있으므로, 이를 적용할 때에는 위반행위로 얻은 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다( 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 자본시장법 제443조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이고, 여기에서의 인과관계는, 이를 직접적인 인과관계로 해석할 경우 지나치게 그 처벌범위가 축소되어 사실상 자본시장법 처벌 규정을 사문화시키는 부당한 결과를 가져오게 되는 점, 반대로 그 인과관계 자체를 요하지 아니하거나 인과관계를 지나치게 넓게 해석한다면, 법정형을 최고 무기징역까지 강화하고, 법정형을 가중하되 징역형의 하한의 가

중까지 두고 있는 자본시장법 제443조의 적용에 있어 형벌체계의 균형을 상실할 우려가 있고 형사법이 요구하는 자기책임주의에 반하게 된다는 점에다가 자본시장법 제443조와 형법 제17조의 입법취지 등을 고려하면, 형사법에서 일반적으로 요구되는 상당인과관계라고 봄이 상당하다.

따라서 통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 자본시장법 제443조의 입법 취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이고 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결 등 참조).

## (2) 인과관계

앞서 본 바와 같이 피고인 1이 유가증권신고서상 자금의 사용목적에 관하여 판시와 같이 사실과 다른 내용을 기재한 것은 투자자의 합리적인 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 매우 중요한 사항의 허위 기재인 점에다가, 위 인정사실에 의하면, 공소외 1 주식회사의 기존 사업 실적으로 인하여서는 그 유상증자의 성공이 있었을 것으로는 보이지 아니하고, 인터넷 등 정보통신 수단이 발달되고 각종 투자자 모임이나 인터넷카페, 분석가, 유사 투자자문사 등이 난립하는 현재의 증권시장 환경에 비추어 피고인 1과 같은 기업의 대표자가 자신이 운영하는 기업의 유상증자에 대하여 허위 사실을 기재한 유가증권신고서를 작성·제출함으로써 공시될 경우 그러한 허위 사실이 확대 재생산되어 유상증자에 커다란 영향을 미칠 수 있다는 점이 충분히 예견되는 점 등을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 유가증권신고서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위는 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자에 상당한 영향을 미쳤다고 볼 수 있고, 따라서 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위와 공소외 1 주식회사의 이 사건 유상증자 사이에는 상당인과관계가 있다고 할 것이다.

## (3) 이익액 산정 범위

나아가 피고인 1, 피고인 2의 허위표시 문서 이용 행위라는 사기적 부정거래행위로 인하여 취득한 이익액을 산정함에 있어서, 이 사건 유상증자대금 전액이 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 것인지에 관하여 살핀다.

이에 대하여 원심은 피고인 1 등에 대한 사기적 부정거래행위로 인한 자본시장법 위반 행위(원심 판시 제1항 범죄사실)에 대하여 266억 원 상당의 유상증자대금을 받아 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하였다고 인정하여 유상증자대금 전액에 대하여 유죄로 판단하였다.

그런데 자본시장법 제178조 제1항 제2호는 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서, 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있고, 위 법 제443조 제1항 제8호는 '금융투자상품의 매매(증권의 경우 모집·사모·매출을 포함한다), 그 밖의 거래와 관련하여 제178조 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는

행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 5억 원 이하의 벌금에 처한다.

다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 5억 원을 초과하는 경우에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고 있으며, 위 법 제443조 제2항에서는 '위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 50억 원 이상인 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고( 제1호), 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처한다( 제2호)'고 규정하고 있다.

위와 같이 사기적 부정거래로 인한 자본시장법위반죄의 처벌조항은 이익 또는 회피한 손실액에 따라 법정형에 차등을 두고 있는바, 과연 피고인 1, 피고인 2가 원심이 인정한 바와 같이 유상증자대금 전액의 부당한 이득을 취하였는지에 관하여 보건대, 이 사건 각 증거에 의하면 다음의 사정이 인정된다.

① 공소외 8은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다', '주가로 말하면 증자하고 나서도 10,000원 이상 갈 것이라고 생각하였고, 그 판단근거로는 2009년 초에 줄기세포 관련주들이 주가가 상당히 좋았다, 그 대표적인 회사인 공소외 27 주식회사라는 회사가 시가총액이 1조 원이 넘어간 적이 있었고 그 다음에 공소외 28 주식회사가 시가총액이 6,000억 원 정도였다', '그렇기 때문에 공소외 15가 만약 영입된다면 적어도 시가총액이 공소외 28 주식회사 정도는 움직일 것이라고 생각하였고 공소외 28 주식회사 정도라면 당시 증자를 한다고 하더라도 주가가 20,000원 ~30,000원 정도 넘어가야 하기 때문에 적어도 10,000원은 간다고 확신을 갖고 일을 하였다', ' 공소외 15 박사의 펄을 붙이는 것이므로 시세조종을 하지 않아도 주가가 3,000원까지 못 갈 것은 생각하지도 않았다', '그와 같이 주가가 올라가고 공소외 15 펄이 들어오는 것을 호재로 하여 유상증자를 하면 증자가 성공할 것이다'고 진술하고(공판기록 1752, 1757, 1759쪽), 당시 법정에서, 이 사건 유상증자 당시 공소외 15 박사의 펄에 대한 투자 소문이 실제로 시장에 퍼져 있었고, 인수자 측과 공소외 15 관련된 사람들 간에 서로 소문이 난 것 같으며, 위 유상증자가 성공한 주된 원인은 당시 청약가격보다 공소외 1 주식회사의 주가가 높았던 점 및 공소외 15 사업이 공소외 1 주식회사에 참여한다는 소문이 있었던 점이라고 진술하였다.

② 공소외 7은 검찰 및 원심 법정에서, ' 피고인 2, 피고인 1, 피고인 3과 공소외 8과 저는 공소외 15가라는 매우 강력한 바이오 재료를 가지고 시장에서 자금조달이 가능하리라고 확신했다', '저, 공소외 8, 피고인 2 간에는 공소외 15 박사가 펄로 들어오면 최소한 공소외 1 주식회사 주가가 3,000원대 이상은 가지 않겠느냐고 예측하였다', ' 공소외 1 주식회사가 유상증자를 할 때 공소외 15 관련주가 된다는 소문이 시장에 파다하게 퍼졌다'라고 진술하였다(수사기록 5556쪽, 공판기록 1477, 1478, 1496쪽).

③ 공소외 29는 검찰에서, 2009. 3. 25. 무렵부터 줄기세포 개발업체 공소외 5 주식회사가 펄로 공소외 1 주식회사에 우회등록한다는 내용이 시장에 유포되기 시작했다는 취지로 진술하였다(수사기록 13809 ~ 13818쪽).

위와 같은 사정을 종합하면, 당시 주식시장에서 공소외 1 주식회사가 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사와 같이 잠재력이 무한한 펄 회사에 투자한다는 소문이 퍼졌고 투자자들이 이에 대하여 상당한 관심을 뒀던 것으로 보이며, 그것이 결국 이 사건 유상증자 성공에 중대한 영향을 미쳤던 한 요인이 된 것으로 보이는바, 이러한 부분까지 허위 사실 기재 유가증권신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 것으로 볼 수 없다 할 것이므로 이를 분리하여 제

외하여야 할 것이다.

따라서 이 사건 유상증자로 인하여 납입된 대금 전액이 피고인 1, 피고인 2의 허위 사실 기재 유가증권신고서를 통한 사기적 부정거래행위로 인해 취득한 이익액이라고 보기 어렵고, 피고인 1 등의 허위 기재 유상증자신고서를 이용한 사기적 부정거래행위로 인한 부분과 위 펄 회사 투자 소문으로 인한 부분을 분리하여 산정할 증거를 제출할 입증책임은 검사에게 있다고 할 것인데, 이 사건 유상증자 납입대금 중 피고인 1 등의 사기적 부정거래행위로 인한 부분을 구분하여 특정할 수 있는 아무런 증거가 없다.

그렇다면, 피고인 1, 피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위로 인하여 위 피고인들이 취득한 이익 또는 회피한 손실액에 관한 증거가 없다고 할 것이므로, 이 부분은 재산상 이익을 얻고자 사기적 부정거래 행위를 하였으나 그 이득액을 알 수 없는 경우에 해당하여 자본시장법 제443조 제1항 제8호를 적용하여야 함에도 원심은 위 법 제443조 제2항 제1호에 따라 위 피고인들을 가중처벌하였으니 원심판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

그러므로 피고인 1, 피고인 2의 이 부분 주장은 위 인정범위를 초과한 범위 내에서 이유 있다.

나. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

피고인 1이 2008. 12. 24. 피고인 3으로부터 2억 원을 차용한 다음 공소외 1 주식회사의 채권자인 공소외 30에게 1억 원을 변제하는 등 공소외 1 주식회사의 부외부채 정리에 사용한 후 공소외 1 주식회사의 회사자금으로 피고인 3에게 2억 원을 변제한 것으로 횡령한 것이 아니다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

피고인 1이 사채업자 공소외 31로부터 금원을 차용하여 2009. 3.경 공소외 1 주식회사에 회사 운영자금이 필요하여 가수금으로 넣었다가 유상증자 후 유상증자대금으로 그 가수금을 변제받아 공소외 31에게 이를 변제한 것으로서 공소외 31 역시 피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였다고 수사기관에서 진술하였다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

피고인 1이 피고인 3의 소유의 주식을 담보로 금원을 차용하여 공소외 1 주식회사의 부외부채 변제하는 데 사용하였고, 그 이후 피고인 3으로부터 금원을 차용하여 달라는 부탁을 받아 위 주식을 빌려준 대가로 2억 원을 지급한 것으로서, 지급된 2억 원은 피고인 3이 공소외 160 주식회사로부터 공소외 20 주식회사 주식을 매입하기 위해 공소외 160 주식회사에 지급되었다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

피고인 1이 금원을 공소외 32로부터 차용하였다가 공소외 1 주식회사의 운영자금 또는 우발채무 변제 등으로 사용하였고, 이를 변제한 것이므로 횡령이 될 수 없다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

피고인 1은 어떤 경위로 1억 3,000만 원의 회사수표가 지급된 것인지 제대로 기억 못 하나 회사수표와 개인수표가 섞인 것으로 보이므로 이는 착오에 의해서 벌어진 일일 뿐 불법영득의사는 없었다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

위 금원의 사용에 관하여 전혀 기억할 수 없어 일응 범행을 부인한다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

피고인 3이 공소외 3 주식회사의 최대주주인 공소외 33으로부터 28억 원 상당의 주식을 매수하면서 공소외 1 주식회사의 직원인 공소외 34에게 그 매수대금 입금을 부탁한 적이 있는데, 우연히 공소외 1 주식회사의 1,000만 원 권 수표 1장이 섞여 들어간 것으로 횡령한 것이 아니다.

## 2) 판단

업무상횡령죄가 성립하기 위하여는 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상 임무에 위배하여 자신이 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 것 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하는 불법영득의 의사가 있어야 하는 것인바, 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내었다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것이며( 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006도6994 판결 등 참조), 반드시 자기 스스로 영득하여야만 횡령죄가 성립되는 것도 아니고( 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도6982 판결 등 참조), 나아가 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 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 이 사건 각 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리한 공소외 1 주식회사의 통장으로 들어온 공소외 1 주식회사의 회사자금은 11,056,763,548원이고, 그 중 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 한 금액은 약 23억 원에 불과한 점, ② 또한 피고인 1은 위 금원으로 공소외 1 주식회사의 부채 97억 2,400만 원 정도를 변제하였다고 주장하고 있으나, 그 중 공소외 35에 대한 변제금으로 확인되는 것은 13억 1,000만 원으로 피고인 1이 주장하는 16억 1,000만 원보다 3억 원이 적은 것을 비롯하여 위 97억 2,400만 원 중 상당수의 금원은 피고인 1이 관리한 위 회사자금 11,056,763,548원이 아닌 다른 자금으로 지급된 것으로 보이고, 이러한 금액을 제외하면 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원으로 공소외 1 주식회사의 부채를 변제한 금액은 불과 65억 원 정도만 인정되는 점, ③ 피고인 1이 위 회사자금 11,056,763,548원을 사용하면서 회사의 정당한 내부절차를 거친 적이 없는 점에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 1 주식회사 압수물 메모에 따르면 공소외 20 주식회사 주식 취득분 이외 처리



분에 대하여 '100억 원 통장 중에서 회계처리된 금액은 23.5억 원이므로, 76.5억 원에 대한 회계처리가 필요', '공소외 20 주식회사 주식 취득 명목으로 50억 원을 처리하는데 30억 원, 20억 원으로 나누어 공소외 20 주식회사 개인 주주들로부터 매입한 것처럼 처리하고 잔금 26.5억 원에 대하여는 선금금, 대여금으로 처리하자'라는 취지로 기재되어 있는 점(수사기록 4868쪽)에다가 아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 1, 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 그 무렵 공소외 1 주식회사에 대한 부외채권자인 공소외 36에게 금원을 변제하면서는 정상적으로 회계처리를 하였으나, 그것과 달리 이 부분 금원의 지출에 대하여 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 자금부장인 공소외 37에게 그 자금의 사용내역에 대하여 전혀 알리지 않고 피고인 3의 계좌로 송금할 것을 지시한 점, ② 피고인 1은 당초 수사기관에서 이에 대하여 기억이 나지 않는다고 진술하다가, 피고인 3으로부터 금원을 빌려 공소외 1 주식회사에 가수금으로 입금한 후에 이를 다시 변제받아 피고인 3에게 자신의 명의로 금원을 지급한 것이라고 진술을 하였으나, 가수금으로 입금한 흔적이 없자 그 이후에는 피고인 3으로부터 빌린 금원으로 공소외 30에게 직접 변제한 것으로 진술하는 등 그 변소의 일관성이 없어 이를 쉽사리 믿기 어려운 점( 피고인 1은 당초 2009. 4. 7.경부터 보관하고 있던 공소외 1 주식회사 회사자금 100억 원의 횡령 여부가 문제되자 그 자금 중 일부로 공소외 30에게 1억 원을 변제하였다는 자료를 수사기관에 제출하기도 하였는데, 이것과 이 부분 변소와도 서로 일치하지 아니한다), ③ 피고인 3도 (나중에 회사에 빌려준 것처럼 진술을 번복하기는 하였으나) 당초에는 자신이 피고인 1에게 개인적으로 빌려주었다가 변제받은 금원이라고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 1 주식회사 자금부장이었던 공소외 37은 검찰에서, 2009. 2. 4. 피고인 1이 저에게 피고인 1 개인 명의로 피고인 3에게 1.5억 원을 무통장 입금하라고 지시를 해서 그렇게 한 것이고 왜 피고인 3에게 1.5억 원이 갔는지 알 수 없다고 진술한 점(수사기록 8984쪽), ⑤ 공소외 23은 검찰에서, 피고인 3이 공소외 1 주식회사의 부외부채 채권자인 공소외 30에게 공소외 1 주식회사 대신 2억 원을 변제해주고 그 돈을 공소외 1 주식회사로부터 받은 것이라고 하면서 이는 피고인 3에게 문의한 결과 알게 된 것이라고 진술하였으나, 피고인 3은 당심 법정에서, 피고인 1이 2억 원을 빌려간 것을 변제한 것이라고 진술하여 그 금전 지급 경위에 관하여 진술이 상이한 점을 종합하면, 피고인 1이 피고인 3에 대한 개인적인 채무를 회사자금으로 변제하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 4번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 3매가 2009. 4. 10. 공소외 31의 은행계좌에 입금되었고, 이에 대하여 공소외 31은 2009. 3. 11.경 및 2009. 3. 중순경에 공소외 1 주식회사가 아닌 피고인 1에게 개인적으로 2번에 걸쳐 합계 3억 원을 빌려주었는데, 피고인 1이 위 금원을 변제한다고 하여 위 3억 원을 수수한 것이라고 진술하고 있는 점, ② 또한, 공소외 1 주식회사의 자금부장인 공소외 37은 피고인 1의 가수금의 경우에 다른 금원들보다 더욱 주의하여 회계장부를 정리하였다고 진술하고 있는데, 피고인 1의 변소와 달리 공소외 1 주식회사의 회계장부에는 위 일시

경에 피고인 1로부터 2억 원 및 1억 원가량의 가수금이 입금된 흔적이 없는 점, ③ 피고인 1이 수사기관에서는 이 부분 금원을 횡령하였다고 인정한 적이 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 31이 검찰에서, '피고인 1이 회사운영자금에 쓸 것이라면서 3억 원을 차용하였으나 그건 저한테 그 명목이나 사용처를 이야기했을 뿐 피고인 1 명의로 빌린 것으로 기억하고 있다', '2009. 3. 11.경 2억 원은 피고인 1 개인 명의의 통장으로 인터넷뱅킹으로 보내주었다', '피고인 1 개인적으로 빌린 것으로 기억이 된다', '계약서도 피고인 1 명의로 하였다'고 진술한 점(수사기록 9072, 9073, 9076쪽)을 종합하면, 피고인 1이 개인채무의 변제에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하여 이를 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 5번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 2매를 공소외 160 주식회사의 공소외 16이 2009. 4. 13. 공소외 160 주식회사의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1은 최초 수사기관에서 개인적으로 피고인 3 등의 명의로 공소외 20 주식회사 주식에 관한 매매계약을 체결하였는데, 그 매매대금이 없어 급한 마음에 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다가 그 이후 그 매매계약의 매수인 명의를 매매대금을 부담한 공소외 1 주식회사로 변경하였다고 진술하다가 그 이후 이를 반복하여 개인적으로 공소외 20 주식회사 주식을 매수하면서 회사자금을 사용하였다고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점, ③ 피고인 3도 수사기관에서 피고인 1의 변소와 같은 내용으로 진술한 것이 아니라 피고인 1이 자신의 명의를 도용하여 주식매매계약을 체결하였다고 진술하였던 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 6번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 그가 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 1,000만 원권 수표 2장, 2009. 4. 13. 5,000만 원권 수표 1장을 각 인출하여 이를 공소외 38 명의의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 그 모친인 공소외 38과 처인 공소외 39 명의의 계좌를 자신의 사채업과 관련하여 사용하였고, 또한 자신이 피고인 1 개인에게 금원을 대여한 적이 있었으므로, 위 계좌로 피고인 1이 입금한 금원은 모두 자신의 피고인 1에 대한 대여금의 원금 내지 이자로 지급받은 돈이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사과정에서 자신이 개인적으로 공소외 32에게 금원을 빌렸다가 회사자금을 횡령하여 이를 변제한 것이라고 이 부분 범행을 인정하는 듯한 진술을 하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 공소외 32는 검찰에서, 피고인 1에게 수 회에 걸쳐 총 25억 원정도 돈을 빌려줬는데 피고인 1이 돈을 빌려가면서 회사에서 차용하는 것이라고 말한 사실이 없고 약정서 등 계약서에 회사 명의로 기재한 사실도 없으며 피고인 1이 개인적으로 빌려갔다고 진술한 점(수사기록 11121쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 4. 8. 인출된 1억 원권 수표 1장과 2009. 4. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 3장에 각 공소외 8의 배서가 있었고, 공소외 40 법무법인이 2009. 4. 27. 위 4장의 수표를 그의 은행계좌로 입금한 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 개인 명의로 공소외 20 주식회사 주식을 사면서 공소외 1 주식회사의 회사자금을 사용하였다고 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 피고인 1이 자신의 허락 없이 자신의 명의를 사용하여 공소외 20 주식회사의 주식을 취득한 것으로 생각된다고 진술한 점(수사기록 14308쪽)을 종합하면, 피고인 1이 불법영득의사로 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 17번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행 계좌에서 2009. 5. 11. 인출된 5,000만 원권 수표가 피고인 3이 경영하던 공소외 41 주식회사의 계좌로 입금된 점, ② 공소외 1 주식회사 부사장 공소외 23은 수사기관에서 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사와 사이에 아무런 거래관계가 없었다고 진술하고 있고, 달리 공소외 1 주식회사와 공소외 41 주식회사 사이에 거래관계를 입증할 만한 아무런 자료가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 3은 검찰에서, 위 5,000만 원은 피고인 1의 처 공소외 42의 주식취득대금으로서 피고인 1이 공소외 41 주식회사에 납입한 것으로서 확실히 기억하고 있다고 하면서 그것이 회사 자금이었다면 피고인 1이 횡령한 것이라고 진술한 점(수사기록 14313쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 인정할 수 있다.

사) 별지1 범죄일람표 (1)의 순번 18번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 피고인 1이 관리하던 공소외 1 주식회사의 은행계좌에서 2009. 4. 10. 인출된 1,000만 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로서 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 피고인 3은 자신이 2009. 6. 22. 대여한 4,000만 원의 변제조로 1,000만 원을 지급받았다고 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술한 적이 있는 점, ④ 피고인 1은 같은 날 공소외 3 주식회사의 계좌에서 인출되어 공소외 33의 계좌로 입금된 1억 원[별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번]에 대하여는 공소외 3 주식회사의 대표이사로부터 정당하게 차용하였다가 변제한 것이라고 주장하고 있는데 아래에서 보듯이 이 주장도 쉽사리 믿기 어려운 점 등을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

다.

피고인 1, 피고인 2의 공소외 1 주식회사의 자산 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유에 대한 판단

가) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 6. 말경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략) 피해자 공소외 1 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사의 대표이사로 그 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하고 있던 중 타에 처분할 생각으로 임의로 가져간 다음, 2009. 7. 초경 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사(2009. 8. 18. 그 상호를 공소외 43 주식회사에서 공소외 3 주식회사로 변경하였다

이하 '공소외 3 주식회사'라 한다)의 사무실에서 위 주식 20만 주를 공소외 3 주식회사에 6억 원에 매각하여 이를 횡령하였다.

나) 항소이유 요지

피고인 1은 공소외 44로부터 경영권 양수도 계약을 체결하고 공소외 2 주식회사 주식을 취득하였으므로 위 주식은 타인의 재물이 아니고, 설령 피고인 1의 소유가 아니라 하더라도 매각 당시 자신의 소유라고 믿었으므로 불법영득의 의사가 없다.

다) 판단

(1) 원심의 판단

원심은 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 1 측이 작성하여 공소외 44와 체결한 경영권양수도계약서에 분명히 공소외 2 주식회사 주식이 공소외 1 주식회사의 소유라고 표시되어 있고, 또한 그 당시 공소외 1 주식회사의 회계장부에도 위 주식이 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재되어 있었으며, 피고인 1도 위 계약서를 토대로 공소외 44와 경영권양수도계약을 체결하고, 공소외 1 주식회사의 경영지배인, 대표이사로 근무하여 위와 같은 사정을 잘 알고 있었다고 보이는 점, ② 공소외 44는 공소외 18과 별개인 새로운 경영진에게 공소외 1 주식회사의 경영권을 양도하는 것이 아니라 공소외 18의 친구들인 피고인 1과 공소외 45에게 자신이 빌려준 금원을 변제받는 대가로 공소외 18로부터 담보로 넘겨받은 공소외 1 주식회사의 경영권과 주식들을 원상태 그대로 반환하는 것이라고 생각하였고, 피고인 1도 이에 대하여 잘 알고 있었다는 취지로 진술하고 있는 점( 공소외 44가 2008. 12. 11. 작성하여 준 확인서에도 그에 따라서 공소외 44 등이 가지고 있는 공소외 2 주식회사 주식, 공소외 1 주식회사 주식 이외에 공소외 1 주식회사가 발행한 어음까지 피고인 1에게 주기로 하였다), ③ 피고인 1은 공소외 44로부터 받은 위 주식을 공소외 1 주식회사의 회사금고에 보관하였고, 그 이후 공소외 1 주식회사의 회계장부를 정리하는 과정에서 위 주식이 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 남겨두었던 점, ④ 피고인 1은 2009. 7.경 처의 6촌 동생인 공소외 46의 명의를 빌려 공소외 1 주식회사가 2009. 4.경에 공소외 46에게 위 주식을 매각한 것처럼 회계장부를 허위기재한 다음 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매도하고 그 매도대금 역시 공소외 46의 계좌로 송금받은 점, ⑤ 피고인 1은 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되

자 그제야 피고인 2가 2009. 5.경 자신에게 공소외 1 주식회사의 경영을 그만두는 조건으로 공소외 2 주식회사 주식 20만 주를 주었고, 약 15만 주는 자신의 주식을 매수하여주는 것에 대한 담보로 보관하고 있다고 진술을 변경하는 등(수사기록 6631쪽) 피고인 1의 변소를 그대로 믿기 어려운 점, ⑥ 피고인 1도 수사기관에서 '위 주식을 가지고 나갈 당시 회사의 소유라고 알고 있었고, 그에 따라서 공소외 46에게 판매한 것처럼 회계처리하였다.

'라는 취지로 진술하기도 하였던 점 등을 종합하여, 공소외 2 주식회사 주식은 공소외 1 주식회사의 소유임이 분명하다고 인정한 후 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

## (2) 당심의 판단

의사표시의 해석은 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적인 의미를 명백하게 확정하는 것으로서, 계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 그 서면에 사용된 문구에 구애받은 것은 아니지만 어디까지나 당사자의 내심적 의사의 여하에 관계없이 그 서면의 기재 내용에 의하여 당사자가 그 표시행위에 부여한 객관적 의미를 합리적으로 해석하여야 하며, 이 경우 문언의 객관적인 의미가 명확하다면, 특별한 사정이 없는 문언대로의 의사표시의 존재와 내용을 인정하여야 한다.

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사정이 인정된다.

① 공소외 1 주식회사는 2008년말 전 대표이사 공소외 18의 잘못된 회사 경영으로 자본 잠식이 되는 등 독자적인 회생이 어려운 지경에 처하게 되어 채권단이 사실상 회사를 운영하고 있었다.

피고인 1은 최대 채권자였던 공소외 45와 논의 끝에 공소외 1 주식회사를 인수하여 운영하기로 하고 2008. 10. 29. 회사의 경영권 등을 담보로 갖고 있던 채권자 공소외 44와 사이에 대금 20억 원을 지급하고, 공소외 1 주식회사에 대한 경영권 및 공소외 2 주식회사 주식과 공소외 1 주식회사 주식 등 담보물을 피고인 1에게 양도하기로 하는 경영권양수도계약을 체결하였으며 이에 따라 피고인 1은 같은 날 최대주주 겸 경영지배인이 되었고 2008. 12. 12. 대표이사에 취임하였다.

② 공소외 44와 피고인 1 사이의 공소외 1 주식회사에 관한 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서(수사기록 6277쪽) 제1조(매매의 합의)는 "본 계약에서 정하는 조건에 따라 '갑'( 공소외 44)은 '을'( 피고인 1)에게 회사 및 이에 수반하는 경영권을 매도하고 을은 갑으로부터 이를 매수하기로 합의한다", 제2조(매매대금)은 "본 계약의 매매대금은 이십억 원으로 한다", 제3조(주식의 양도 등)는 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만주와 회사의 주권인 공소외 2 주식회사 주식을 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"고 기재되어 있다.

③ 또한, 위 계약서 작성 전날인 2008. 10. 28. 공소외 45와 공소외 44, 공소외 47은 위와 별도로 합의서(수사기록 5484쪽)를 작성한 것으로 보이는데 그 합의서 3항에는 "경영권양수도가 공소외 44에서 피고인 1로 종료되는 즉시 당사자들은 공소외 17 주식회사를 채무자로 하여 갖고 있는 지급명령, 합의서, 공증어음, 기타 채무명의에 기한 채권 일체를 포기하고 이에 대한 채무면책동의서를 인감증명을 첨부하여 회사에 제출한다"고 기재되어 있다.

④ 한편, 2008. 10. 27. 오전 12:04 발신된 피고인 1의 이메일에 첨부된 '경영권양수도수정3.DOC'파일은 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서와 거의 동일한 내용이나, 제3조(주식의 양도 등)에 "갑은 공소외 17 주식회사 감자전 보통주 일백만 주를 잔금 지급시에 을에게 양도하기로 한다"라고 기재되어 있고, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서에는 없는 제6조(어음 및 담보의 회수) "갑은 공소외 44, 공소외 47이 보관하고 있는 2008. 10. 20. 이전에 발행되어진 회사의 은행도 약속어음 및 공증어음, 합의서, 유가증권(공소외 2 주식회사 주식) 등을 본 계약이 종료되는 시점에 반환하여 회사에 귀속시키며, 회사에 관한 채권 일체를 포기한다.

단, 배당 사건에 대해서는 이의를 제기하지 않는다"라는 조항이 있는 점이 다르다.

이에 비추어, 위 '경영권양수도수정3.DOC'파일 작성 당시까지만 해도 당사자의 의사는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와 함께 공소외 1 주식회사에 귀속시키려 했던 것으로 보이나, 위 2008. 10. 29.자 경영권양수도 계약서를 작성할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식을 회사의 다른 어음 및 담보와는 별도로 취급하여 이를 피고인 1에게 양도하기로 한 것으로 보인다.

⑤ 또한 공소외 44, 공소외 47은 주주총회 전날인 2008. 12. 11. 피고인 1에게 계약 이행 완료에 관한 확인서를 작성해 준 바 있는데 그 내용은 '확인인들(공소외 44, 공소외 47)은 위 계약서 및 같은 날 회사에서 제출한 합의서의 내용에 따라 공소외 2 주식회사 주식, 회사의 주식 33,333주(감자전 기준 100만 주) 및 공소외 44, 공소외 47이 소유하고 있는 회사 발행의 어음 일체를 피고인 1에게 교부하기로 한다'고 되어 있다.

⑥ 당시 피고인 1이 지급한 양도대금은 20억 원인데 반하여, 공소외 44로부터 받은 공소외 1 주식회사 주식은 감자 후 33,333주로서 당시 시가 3,000~4,000만 원 정도였다.

⑦ 아울러 공소외 7의 검찰 진술(수사기록 15527쪽) 및 2009. 3. 30.자 녹취록에 의하더라도 피고인 1은 일관되게 공소외 2 주식회사 주식이 회계처리상 회사의 자산으로 되어 있으나 자신의 소유라고 진술하고 있고, 피고인 2는 당시 회계처리를 문제 안 생기게 할 수 있으면 가져가라는 취지로 진술한 점이 인정된다.

⑧ 공소외 23은 당시 법정에서, '피고인 1은 공소외 44로부터 공소외 2 주식회사 주식을 회사 앞으로 넘겨받은 것이 아니라 개인적으로 넘겨받은 것이다', '당시 공소외 1 주식회사의 회사 가치는 거의 없었다', '공소외 8이 인수 협의를 하러 구로 사무실에 왔을 때 피고인 1과 공소외 8이 나눈 이야기 중 공소외 2 주식회사 주식은 피고인 1 소유라고 하는 말을 들은 적 있다'고 진술하였다.

⑨ 또한 공소외 44는 원심 법정에서, 전 대표이사 공소외 18에게 빌려 준 20억 원은 공소외 1 주식회사가 빌린 것이라고 진술하였다.

(수사기록 583쪽)

⑩ 피고인 1이 검찰에서 공소외 2 주식회사 주식이 회사의 소유라고 진술한 부분이 있기는 하나, 자세히 살펴보면 "공소외 44, 공소외 8, 공소외 7, 피고인 2 등이 다들 회사의 것이라고 말을 하고 있어 이것이 회사의 것이라고 인정하고 그 전제로 지금부터 말씀을 다 드리겠다.

다만, 저와 공소외 44 사장과의 거래관계에서는, 그 소유권이 누구의 것인지에 대해서는 치열하게 다투 봐야 할 것이란 이야기이다", "회사의 회계장부에 회사의 소유로 되어 있고, 다른 사람들의 진술도 그러니 인정한다.

다만, 앞서 말씀드린 바와 같이 다툼의 여지는 있다고 저는 생각하고 있어 좀 억울한 부분도 있다는 것을 말씀드리고 싶다"고 진술한 것으로서 그 진술 전후의 맥락을 살펴보면, 피고인 1은 공소외 2 주식회사 주식에 관하여 여전히 자신의 소유라고 생각하고 있었음을 알 수 있다.

위와 같은 사정에 비춰보면 공소외 44가 공소외 1 주식회사에 금원을 대여하면서 그 담보로 공소외 2 주식회사의 주식을 받은 것은 주식의 양도담보로 볼 수 있는데, 위와 같은 형식으로 주식의 양도담보가 이루어진 경우 양도담보권자인 공소외 44가 대외적으로 주식의 소유권자라 할 것이므로 양도담보 설정자인 공소외 1 주식회사로서는 그 후 양도담보권자로부터 담보 주식을 매수한 피고인 1에 대하여는 특별한 사정이 없는 한 그 소유권을 주장할 수 없다(대법원 1995. 7. 28. 선고 93다61338 판결 참조).

비록 처음 경영권 양수도 계약을 교섭할 때 당사자에게는 공소외 2 주식회사 주식을 포함한 회사의 어음 및 담보 등을 공소외 1 주식회사에 귀속시키려는 의사도 없지는 않았던 것으로 보이나, 계약서 초안의 '담보의 회수' 항목에서 굳이 공소외 2 주식회사 주식만 빼내어 계약서 최종본의 '공소외 1 주식회사 주식의 양도' 항목에 함께 기재한 점에 비추어보면, 최종적으로 계약을 체결할 당시에는 공소외 2 주식회사 주식은 별도로 피고인 1에게 소유권을 귀속시키려는 의사의 합치가 있었다고 봄이 상당하다.

그렇다면, 공소외 2 주식회사 주식은 비록 회계처리상 공소외 1 주식회사의 자산으로 되어 있었지만 피고인 1 개인의 소유라고 보아야 하므로, 횡령죄에 있어서 '타인의 재산'이라는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증되었다고 보기 어렵고, 설령 피고인 1 개인의 소유가 아니라 할지라도 피고인 1로서는 위 주식을 공소외 3 주식회사에 매각할 당시 이를 자신의 소유라고 믿을만한 충분한 근거가 있었다고 할 것이므로 불법영득의 의사를 인정할 수는 없다.

따라서 피고인 1의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있다.

## 2) 피고인 2의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단

### 가) 공소사실 요지

피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 1)항 기재와 같이 공소외 1 주식회사 소유의 시가 6억 원 상당의 공소외 2 주식회사 주식을 횡령하였다.

### 나) 원심의 판단

원심은 피고인 2가 위 범행에 공모 내지 가담하였다고 볼 직접적인 증거로는 공범인 피고인 1의 수사기관 및 법정에서의 진술이 유일한데, ① 피고인 1은 수사기관에서 당초 공소외 46에게 정상적으로 매각한 것처럼 진술하다가 그 이후 그 매각대금이 피해자 공소외 1 주식회사에 정상적으로 입금되지 않은 것이 밝혀지자, 공소외 18이 이미 횡령한 것을 회계처리를 위하여 공소외 46에게 매각한 것처럼 회계장부를 정리하였다는 취지로 진술을 변경하였고, 그 이

후에 공소외 2 주식회사 주식을 매각한 시점이 객관적인 증거( 공소외 2 주식회사의 주권)에 의하여 피고인 1이 대표이사로 있던 시점으로 확인되자 그때야 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사의 경영진에서 물러나는 대가 등으로 자신에게 공소외 2 주식회사 주식을 가지라고 하였다면서 그 진술을 번복하고 있어 신빙성이 떨어지는 점, ② 피고인 1은 또한 피고인 2가 자신에게 위 주식을 가지고 가라고 최초로 이야기한 시점에 대하여도 이 법정에서 당초에는 2009. 6.경에 그와 같은 말을 들었다고 진술하다가 그 이후에는 2009. 3. 30.경 피고인 2 및 공소외 8, 공소외 7과 함께 술을 마시던 중 피고인 2로부터 그와 같은 취지의 말을 들었다고 진술을 변경하고 있는 점, ③ 그에 반하여 피고인 2는 비교적 일관되게 피고인 1의 이 부분 범행에 가담한 적이 없다는 취지로 진술하고 있는 점, ④ 공소외 7도 2009. 3. 30.경 피고인 1이 공소외 2 주식회사 주식이 자신의 소유라고 주장한 적이 있으나, 피고인 2 등은 피고인 1의 주장에 동조하지 않고, 공소외 1 주식회사의 소유라고 주장하였다고 진술하고 있는 점 등을 종합하면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 피고인 1의 각 진술을 쉽사리 믿을 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 위 주식을 횡령하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 검사의 항소이유 요지

피고인 1이 검찰에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 피고인 2와 공모하여 공소외 2 주식회사 주식을 가져간 점에 대하여 인정하고 있고, 공소외 7 또한 수사기관에서부터 원심 법정에 이르기까지 일관되게 공소외 2 주식회사 주식을 피고인 1이 가져가는 것에 대하여 피고인 2가 이를 인정하는 듯한 취지의 말을 했다고 진술하는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

라) 당심의 판단

앞에서 보는 바와 같이 피고인 1의 횡령 공소사실을 무죄로 하는 이상 피고인 2가 피고인 1의 횡령에 공모하였다는 이 부분 공소사실도 당연히 무죄로 볼 것이므로 더 나아가 살필 필요 없이 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 검사가 지정한 바와 같이 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 횡령으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 및 업무상횡령 부분에 대한 판단

1) 피고인 1의 항소이유 요지

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

그 당시 공소외 3 주식회사의 대표이사인 공소외 48과 이야기가 되어 회사로부터 1억 원을 적법하게 차용한 것이고, 일주일 이후인 2009. 8. 6.에 공소외 3 주식회사에 변제한 것이다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번



공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원을 사채업자인 공소외 49가 인수하면서 어떤 이유인지 몰라도 대표이사 개인의 현금을 담보로 요구하여 일단 공소외 50 주식회사로 5억 원을 빼서 담보 지급할 생각으로 그렇게 실행하였으나 위 50억 원은 회사가 채무자이므로 그 담보 또한 회사가 지급하여도 되는 것을 알고는 2회에 걸쳐 16억 6,500만 원을 지급하였으며, 공소외 50 주식회사에 대한 5억 원은 중복하여 지급한 셈이 되어 차후에 상환한 것으로 처리하였으므로 횡령한 것이 아니다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

피고인 1이 개인적으로 피고인 3으로부터 빌린 수표와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

위와 같이 피고인 1의 개인 수표(당일 공소외 8로부터 차용금 2억 5,000만 원을 변제받았음)와 공소외 3 주식회사의 회사 수표를 함께 보관하다가 피고인 1의 개인 수표를 사용한다는 것이 잘못되어 공소외 3 주식회사의 회사 수표가 사용된 것일 뿐 횡령한 것이 아니다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

공소외 3 주식회사가 주주인 공소외 51 주식회사, 공소외 52 주식회사, 공소외 53(이하 '공소외 51 주식회사 등'이라 한다)에 대하여 합계 45억 원의 장기 대여금 채권이 있었는데, 피고인 1이 공소외 51 주식회사 등에게 위 차용금 채무의 변제를 요구하니, 공소외 51 주식회사 등이 공소외 3 주식회사의 주식 매수를 요청하였고, 공소외 3 주식회사로서는 대여금채권을 변제받는 것이 유리하다고 생각하여 사채업자인 공소외 49로 하여금 공소외 51 주식회사 등의 주식을 대신 매수하여 줄 것을 부탁하고, 그에 대한 현금담보로 지급한 것이다.

그 후 현금담보금을 돌려받았으므로, 위 금원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

공소외 3 주식회사의 전 대표이사 공소외 54가 공소외 3 주식회사에 자신의 공소외 3 주식회사 주식을 담보로 맡기고 7억 5,000만 원 차용하고 있어 공소외 54에게 공소외 3 주식회사의 채무를 변제할 것을 독촉하니, 공소외 54가 위 주식을 팔아줄 것을 요구하여 대여금을 우선 변제받는 것이 중요하다고 판단하여 공소외 3 주식회사의 자금 5억 원을 공소외 54에게 주고 공소외 54가 이를 공소외 3 주식회사에 입금토록 하여 주식을 매입하는 형식을 취하였고, 그 이후 위 주식을 타에 처분하여 공소외 3 주식회사에 5억 원을 반환하였으므로, 위 5억 원은 결국 공소외 3 주식회사의 대여금 채권 회수를 위하여 사용된 금원이므로 횡령한 것이 아니다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

각 해당 수표가 공소외 55, 공소외 31에게 지급된 것은 사실이나, 피고인 1이 공소외 3 주식회사에 가수금 채권이 있는 상황에서 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1 개인 수표가 섞인 것일 뿐 횡령한 것이 아니고, 특히 위 날짜

직전에 차명주식 계좌에서 거액 수익이 생겨 굳이 유용할 필요성조차 없었다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

정확한 기억을 하지 못하나, 위 돈은 대부업자 중 누군가에게 이자조로 지급한 것으로 추측되는데, 아마 공소외 49에게 현금담보로 맡긴 공소외 3 주식회사의 회사 수표와 피고인 1의 개인 수표를 함께 되돌려받아 보관 중에 회사 수표가 잘못 사용된 것으로 보이는바 횡령한 것은 아니다.

자) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

2009. 9. 17. 공소외 163으로부터 20억 원을 빌려 공소외 164 주식회사에 계약금으로 송금하고 그 후 회사 건물을 매각하여 15억 원을 마련하고 나머지 5억 원은 사채업자 등으로부터 빌려 공소외 163에게 변제하였는데, 사채업자 등으로부터 고리로 차용하는 과정에서 이자와 기타 금융비용으로 5억 원이 사용된 것으로 이를 공소외 3 주식회사의 회계장부에 기재하기 위하여 공소외 56 주식회사에 대한 선금금 명목으로 자금거래가 있는 것처럼 처리한 것일 뿐 결국에는 공소외 3 주식회사를 위하여 사용한 금원이므로, 횡령한 것이 아니다.

2) 판단

아래 각 항에서 드는 제반 사정에 비추어보면, 피고인 1이 아래 각 항의 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있고, 같은 취지의 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가므로, 피고인 1의 이 부분 각 항소이유 주장은 이유 없다.

가) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 2번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 7. 30. 인출된 1억 원권 수표를 공소외 3 주식회사의 직원인 공소외 34가 피고인 3의 계좌로 입금한 다음 피고인 3 명의로 공소외 3 주식회사의 대주주로 피고인 3과 주식매매계약을 체결한 공소외 33의 계좌로 송금한 점, ② 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 수표로 출금한 사실만 기재되어 있을 뿐, 위 금원이 피고인 1에 대한 대여금으로 처리되지 아니하였던 점, ③ 피고인 1은 수사기관에서 공소외 3 주식회사를 2009. 7. 초순경부터 실질적으로 지배하였다고 진술하면서 회사자금이 사용되었다면 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 3 주식회사에 대표이사로 취임한 것은 2009. 8. 중순경이나, 공소외 3 주식회사를 원활히 인수할 수 있도록 2009. 7. 초순경 공소외 23을 전문경영인으로 내세워 공소외 3 주식회사를 실질적으로 경영하였다고 진술한 점(수사기록 13136쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

나) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 3번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1억 원권 수표 5장이 2009. 8. 27. 공소외 49가 대표로 있는 회사 명의의 계좌로 입금되었는데, 이에 대하여 공소외 49는 피고인 1 개인이 자신으로부터 50억 원을 빌리면서 위 5억 원을 현금담보로 제공하여 이를 위 계좌로

입금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 피고인 1이 정상적으로 회계처리를 하지 아니하고 공소외 50 주식회사에 대한 단기대여금으로 허위로 회계장부를 정리한 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ③ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 3 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원의 실제 주인은 피고인 1이기 때문에 나중에 생기는 수익도 피고인 1이 가져가게 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 저희 공소외 57 주식회사 명의로 한 이유는 순전히 채권확보 때문이다', '주식 명의를 저희 회사 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다', '피고인 1이 2009. 8. 27. 위 50억 원에 대한 현금담보 12억 원을 입금하였는데 그 안에 공소외 3 주식회사의 수표 5억 원이 포함된 것 같다'고 진술한 점(수사기록 9291, 9294쪽), ④ 공소외 23은 당시 법정에서 위 50억 원은 회사가 빌린 것이라고 진술했으나, 공소외 23과 피고인 1과의 관계와 공소외 23의 진술에 의하더라도 당시 공소외 49에 대하여 피고인 1이 보유하고 있던 개인과 주변 지인 소유 주식으로 담보를 제공한 점에 비추어 이를 믿기 어려운 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

다) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 5, 6번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 26. 인출된 1,000만 원권 수표 2장이 그 이후 교환되었고, 피고인 1이 그 중 1,600만 원을 사채업자인 공소외 32가 사용하던 공소외 38의 계좌로 송금하였고, 나머지 400만 원은 수표로 출금되었으며, 피고인 1은 또한 위 은행계좌에서 2009. 8. 26.경 인출된 1,000만 원권 수표 5장을 공소외 38의 계좌로 송금하였는데, 사채업자인 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였으며, 피고인 1이 위 계좌로 송금한 돈은 대여금에 대한 원금 내지 이자를 변제받은 것이라고 진술하고 있는 점, ② 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 자신이 횡령한 것이라는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음, 이에 비추어 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

라) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 7번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 58이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 2장을 공소외 59, 공소외 60 명의로 공소외 61의 국민은행 계좌(계좌번호 1 생략)로 송금하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 위 2억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 인출되었으나, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1은 원심 법정 및 검찰에서, 공소외 61 명의의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌라는 취지로 진술한 점(공판기록 2050, 수사기록 13360쪽), ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

마) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 9번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 8. 31. 인출된 1억 원권 수표 5장을 공소외 49가 대표이사로 있는 회사 계좌로 송금하였는데, 공소외 49는 이에 대하여 피고인 1이 2009. 8. 14. 개인적으로 자신으로부터 45억 원을 빌려 주식을 매수하면서 위 5억 원을 현금 담보로 자신에게 송금한 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ② 공소외 3 주식회사에서 2009. 8. 31. 위 5억 원을 포함하여 수표로 10억 원이 출금되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 10억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 공소외 49로부터 개인적으로 금원을 빌려서 회사의 주식을 취득하였다는 취지로 진술하였던 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 공소외 49는 검찰에서, '공소외 52 주식회사와 공소외 51 주식회사로부터 매입한 주식 2,419,306주 합계 45억 원은 피고인 1이 개인적으로 저의 명의로 주식을 사달라고 요청이 와서 매입한 것이다', '저는 위 주식 매입과 관련하여 현금담보로 15억 원을 받았다', '저는 수수료만 받으면 되는 조건이므로 위 주식은 사실상 피고인 1 개인의 주식으로 보면 된다', '실제 소유주인 피고인 1 명의로 하지 않고 제 명의로 한 이유는 순전히 채권 확보 때문이다', '주식 명의를 제 명의로 해 두어야 나중에 채권 확보할 때 편리하고 피고인 1 명의로 해 두면 나중에 압류 등이 들어와 버리면 저희의 채권 확보가 되지 않기 때문이다'라고 진술한 점(수사기록 8040, 8041, 9291쪽), ⑤ 피고인 1은 검찰에서, '공소외 51 주식회사가 공소외 3 주식회사의 주식을 소유하고 있었는데 제가 공소외 3 주식회사를 인수하면서 우호지분 확보 등을 위하여 공소외 51 주식회사의 주식을 사야 하는 입장이었다', '그런데 이를 매수할 자금이 없자 공소외 49에게 부탁하여 공소외 49 명의로 공소외 51 주식회사의 주식을 장외 매수하도록 한 것으로서 공소외 49는 저의 차명으로 보면 된다'고 진술한 점(수사기록 6622쪽), ⑥ 피고인 1은 원심 법정에서, 공소외 49에 대한 현금담보 15억 원 중 5억 원이 본 건 5억 원이라고 진술한 점(공판기록 2053쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 14번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 인출된 1억 원권 수표 5장이 공소외 25의 신한금융투자 계좌로 입금되었는데, 공소외 25의 위 계좌는 피고인 1의 차명계좌인 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 1. 위 5억 원을 포함하여 23억 5,000만 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 23억 5,000만 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1의 변소와 같이 5억 원이 공소외 3 주식회사에게 반환되었다고 볼 만한 증거가 없는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 피고인 1은 검찰에서, 공소외 25의 계좌는 제 차명계좌와 마찬가지로 어떤 이유든 그곳으로 회사자금이 송금되었다면 회사 돈을 유용한 것이라는 취지로 진술한 점(수사기록 13367쪽)을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

사) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 20, 21번

원심은 적법하게 채택·조사한 증거들을 종합하여, ① 공소외 55의 동생인 공소외 62가 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 인출된 1,000만 원권 수표 5장 중 1장을 2009. 10. 26. 교환하였고, 공소외 31이 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 24. 발행된 5,000만 원권 수표 6장 중 1장을 2009. 10. 15. 교환하였던 점, ② 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 9. 23. 5,000만 원이, 2009. 9. 24. 위 3억 원을 포함한 5억 원이 각 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 5,000만 원 및 5억 원의 사용처에 대하여 단지 현금 출금이라는 기재만 되어 있을 뿐, 구체적인 자금의 사용 용도에 대하여는 아무런 기재가 없는 점, ③ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 각 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하였던 점을 인정한 다음 이와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였는바, 원심판결의 이유를 원심과 당심에서 조사한 증거와 대조하여 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 판결에 영향을 미친 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

아) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 22번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 인출된 1억 원권 수표 1장이 공소외 63의 공소외 64 증권 계좌로 입금되었고, 공소외 63은 위 금원을 공소외 32로부터 받은 금원이라고 진술하고 있는 점, ② 공소외 32는 피고인 1 개인에게 금원을 대여하였고, 따라서 피고인 1이 자신에게 지급한 금원은 대여금에 대한 이자나 원금을 변제받는 것이라는 취지로 진술하고 있는 점, ③ 피고인 1도 공소외 32와 관련된 금원은 자신이 개인적으로 빌린 것이라고 진술하고 있는 점, ④ 공소외 3 주식회사의 은행계좌에서 2009. 10. 16. 16억 원이 인출되었는데, 공소외 3 주식회사의 회계장부에는 위 금원 사용처에 대하여 단지 피고인 1에 대한 단기차입금 일부 상환으로 표시되어 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 피고인 1은 검찰에서 2009. 10. 16. 같은 날 인출된 위 15억 원은 그 당시 회사 차입금 20억 원을 회사 채권자인 공소외 65에게 변제한 것이라고 진술한 점(수사기록 13375쪽), ⑥ 피고인 1은 검찰에서 위 1억 원이 사채업자 공소외 32와 관련된 돈이라면 개인적으로 빌려서 회사 돈으로 변제한 것이 맞다고 진술하면서, 회사 차입금 변제금이 공소외 32의 차명계좌인 공소외 38 명의 계좌로 지급된 이유를 묻는 질문에 대하여 "그것은 수표가 섞여서 그렇게 나왔을 것이다"라는 취지의 납득할 수 없는 진술을 한 점(수사기록 13375쪽), ⑦ 위 15억 원과 위 1억 원이 하나의 전표로 되어 있지 않고 그 전표가 다르게 되어 있는 점을 종합하면, 위 1억 원은 회사 채권자에 대하여 변제할 목적으로 인출이 되었음에도 피고인 1의 개인 채권자에 대한 변제에 사용된 것으로서 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

바) 별지2 범죄일람표 (2)의 순번 23번

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 56 주식회사의 대표이사인 공소외 66은 공소외 3 주식회사의 공소외 23으로부터 5억 원을 투자하겠다는 제의를 받고 이를 수락한 적이 있고, 그로부터 며칠 후 공소외 23으로부터 5억 원을 입금하였다는 연락을 받았는데, 바로 당일 다시 5억 원을 돌려달라고 하여 이를 돌려주었다고 진술하고 있는 점, ② 실제로 공소외 3 주식회사의 계좌에서 2009. 10. 20. 공소외 56 주식회사의 계좌로 5억 원이 송금되었는데, 위 5억 원이 당일 모두 수표로 인출되었던 점, ③ 위 5억 원 중 2억 원은 피고인 1의 차명계좌인 공소외 25의 신한은행 계좌로 입금되었고, 다른 1억 원은 피고인 1의 배서가 이루어진 상태에서 공소외

67이 1,000만 원권 수표 10장으로 교환하였으며, 그 이외에 4,000만 원도 공소외 68의 계좌로 입금되는 등 공소외 3 주식회사의 회사자금으로 정상적으로 사용된 것으로는 보이지 않는 점, ④ 피고인 1도 수사기관에서 이 부분 금원을 횡령하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등에다가 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ⑤ 공소외 66은 검찰에서, '공소외 23이 5억 원을 입금한 후 몇 시간이 지나고 바로 수표로 출금하여 돌려달라고 하였는데 아무래도 이상한 마음이 들고 불안하여 영수증을 따로 받고, 저희가 전달한 수표는 복사를 해서 보관했다', '공소외 3 주식회사가 위 5억 원을 선급금으로 회계처리한 데 대하여 상식적으로도 그건 계약해지가 맞는 것이라고 본다'고 진술한 점(수사기록 9530 이하), ⑥ 공소외 23도 당심 법정에서 회계정리를 하다 보니 5억 원이 부족하여 중간 회계감사 이전에 장부를 맞춰줘야 하였기 때문에 5억 원을 공소외 56 주식회사에 선급금으로 지급한 것으로 처리하였다고 진술한 점을 종합하면, 피고인 1이 이 부분 금원을 횡령하였음을 충분히 인정할 수 있다.

마. 피고인 1의 반기 재무제표 허위 공시에 기한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반 부분에 대한 판단(직권파기)

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 8. 중순경 서울 강남구 논현동 (이하 2 생략)에 있는 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 1 주식회사의 대표이사로 공소외 1 주식회사의 회계서류를 작성함에 있어 회계처리기준을 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하여서는 아니됨에도 불구하고, 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시함에 있어, ① 사실은 투자자산 중 공소외 20 주식회사의 주식 3만 8,640주(지분율 18.71%)를 51억 원에, 공소외 69 주식회사의 주식 2만 주(지분율 100%)를 20억 원에, 공소외 70 주식회사의 주식 110만 주(지분율 100%)를 69억 5,900만 원에 취득한 사실이 없음에도 마치 위 주식을 51억 원, 20억 원, 69억 5,900만 원에 각각 취득한 것처럼 허위 계상하고, ② 사실은 공소외 1 주식회사가 공소외 71 주식회사에게 선급금 명목으로 5억 원을 지불한 사실이 없고, 또한 공소외 72에게도 10억 원을 대여한 사실이 없음에도, 마치 공소외 71 주식회사에 선급금 명목으로 5억 원을 지급하고, 공소외 72에게 10억 원이 대여한 것처럼 허위 계상하여 재무제표를 작성한 다음 외부감사를 거쳐 2009. 8. 중순경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 이를 공시함으로써 증권관리위원회가 정한 회계처리기준에 위반하여 허위의 재무제표를 작성·공시하였다.

#### 2) 판단

직권으로 살피건대, 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다) 제20조 제1항은 상법 제635조 제1항에 규정된 자나 그 밖에 외부감사 대상인 회사의 회계업무를 담당하는 자가 제13조에 따른 회계처리기준을 위반하여 거짓으로 재무제표 또는 연결재무제표를 작성·공시하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있다.

그런데 외부감사법과 같은 법 시행령에 외부감사 대상인 회사는 그 사업연도의 재무제표를 작성하여 정기주주총회 6주 일 전에 감사인에게 제출하여야 하고, 감사인은 이에 대한 감사보고서를 작성하여 정기주주총회 1주일 전에 회사에 제출하여야 하며, 회사는 정기주주총회 1주일 전부터 5년간 그 본점에서 재무제표와 그에 대한 감사인의 감사보고서를 함께 비치·공시하도록 규정되어 있는 등 외부감사법상의 재무제표 관련 조항은 모두 각 회계연도에 있어서 정기주주총회의 승인을 얻어야 하는 재무제표, 즉 결산재무제표를 그 전제로 하고 있음이 명백하여, 외부감사법에 의하여 외부감사인에 의한 감사를 받아야 하는 재무제표는 결산재무제표로서 이러한 결산재무제표만이 외부감사법

의 규율대상인 재무제표임을 알 수 있다.

그렇다면, 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표 또한, 외부감사인인에 의한 감사의 대상이 되는 결산재무제표만을 가리키고, 외부감사법에 의한 외부 감사인의 감사대상이 아닌 반기나 분기재무제표는 이에 해당하지 않는다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도4068 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 1은 자본시장법 제160조에 따라 공소외 1 주식회사의 제17기 반기(2009. 1. 1.-2009. 6. 30.) 재무제표를 작성·공시한 것으로 보이나, 이는 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 '거짓으로 재무제표를 작성·공시한 행위'에 해당한다고 볼 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고해야 할 것인데도, 원심은 피고인이 작성한 반기재무제표가 외부감사법 제20조 제1항에서 규정한 재무제표에 해당함을 전제로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하고 말았으니, 이러한 원심판결에는 외부감사법의 해석·적용을 그르친 위법이 있고, 이는 판결 결과에 영향을 미쳤음이 분명하다.

바. 피고인 1의 공소외 1 주식회사 자산 공소외 4 주식회사 주식 55만 주 횡령에 관한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 2. 초경 공소외 1 주식회사 사무실에서, 공소외 4 주식회사의 회장인 공소외 36 등으로부터 공소외 4 주식회사 주식 550,000주를 17억 6,000만 원에 취득하기로 하고, 2009. 4. 10.경 공소외 36으로부터 시가 17억 6,000만 원 상당의 위 주식 550,000주를 건네받아 피해자 공소외 1 주식회사를 위하여 업무상 보관하던 중 이를 타에 처분할 생각으로 임의로 가져가 이를 횡령하였다.

#### 2) 감사의 항소이유 요지

피고인 1이 회사에 보관 중이던 공소외 4 주식회사 주식을 임의로 가져간 사실은 인정하면서도 그 이유에 대하여는 납득할만한 이유를 제시하지 못하고 있고, 공소외 36은 수사기관에서 55만 주의 주식을 대금을 받을 때마다 그 비율대로 피고인 1에게 건네주었고 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다고 일관되게 진술하고 있는 점에 비추어 이 부분 공소사실을 인정할 수 있다.

#### 3) 판단

##### 가) 원심의 판단

이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 피고인 1이 위 주식 55만 주를 타에 처분한 흔적이 없고, 2009. 11.경에 위 주식 55만 주를 그대로 공소외 1 주식회사에 반환한 점(유죄로 인정된 공소외 2 주식회사 주식의 경우 즉시 처분하였다), ② 피고인 1이 2009. 8. 중순경 반기 재무제표를 작성함에 있어서도 위 주식을 여전히 공소외 1 주식회사의 자산으로 기재한 점, ③ 공소외 36이 비록 수사기관에서 " 피고인 1에게 그 주식양도대금을 받을 때마다 55만 주의 실물주식을 그 대금의 비율대로 피고인 1에게 건네주었고, 2009. 4. 10.에는 모든 주식을 넘겼다.

"라는 진술을 하고 있기는 하나, 한편, 공소외 36은 공소외 4 주식회사 대표이사 공소외 73 명의로 2009. 4. 27.자 공소외 4 주식회사 주주명부에 임의로 만들어 이를 공소외 1 주식회사에 넘겨준 것에 대하여 2009. 7. 반기감사 때 공소외 1 주식회사 측 이사가 만들어 달라고 하여 만들어 준 것이라고 진술하고 있기도 한데, 공소외 1 주식회사가 실물주식을 보관하고 있으면서 회계감사를 받기 위하여 공소외 36에게 허위의 주주명부를 만들어달라고 요구하는 것은 상정하기 어려운 일이므로, 공소외 1 주식회사가 공소외 36에게 그와 같은 요구를 하였다면 최소한 반기감사를 받을 때까지는 55만 주 주식 전체를 넘겨받지 못하였다는 것이 좀 더 경험칙에 부합하므로, 위 진술을 그대로 믿기는 어려운 점, ④ 공소외 23도 1차로 35만 주 내지 40만 주가량을 받고 최종적으로 모든 주식을 넘겨받은 것은 2009. 9.경이라고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인 1이 과연 위 주식 55만 주를 어떻게 처분하여 횡령하였다는 것인지 자체가 불분명한 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1이 불법영득의사로 임의로 위 주식 55만 주를 공소외 1 주식회사에서 가지고 나왔다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

#### 나) 당심의 판단

원심이 든 위와 같은 사정 외에, 이 사건 증거에 의하여 당심이 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 1은 2009. 2. 13.부터 2009. 8. 5.까지 수차례에 걸쳐서 공소외 73, 공소외 36에게 17억 6,000만 원을 지급하는 등 당해 주식에 대한 대금이 2009. 8.에서야 완납된 것으로 보이는데, 경험칙상 대금 완납 이전에 당해 주식이 건네졌다고 보기는 어려운 점, ② 공소외 13은 원심 법정에서, 공소외 4 주식회사 주식을 가져다달라고 공소외 25 이사와 통화할 당시 공소외 25는 '회사에서' 갖고 있다고 이야기하였다고 진술한 점(공판기록 1693쪽), ③ 공소외 13은 검찰에서, '회사의 주권 등을 정리하다가 공소외 4 주식회사 실물주권이 없는 것을 발견하여 압수수색도 있고 앞으로 검찰 수사가 예견되는 상황에 제가 스스로 공소외 4 주식회사 실물주권 55만 주를 요구하여 제자리에 갖다놓은 것이다'고 진술한 점(수사기록 9034쪽) 등의 사정을 합쳐 보면, 원심이, 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 가고, 원심판결에 검사가 지정한 바와 같이 채증법칙 위배로 인하여 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

사. 피고인 1의 공소외 3 주식회사 회사자금 690만 원을 소파 구입대금으로 사용함으로 인한 업무상횡령 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 1은 2009. 10. 7. 서울 강남구 (지번 1 생략)에 있는 공소외 3 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 3 주식회사의 대표이사로 자금집행업무를 총괄하던 중 업무상 보관하고 있던 공소외 3 주식회사의 회사자금 690만 원을 피고인 1이 개인적으로 사용할 소파 구입대금으로 사용하여 이를 횡령하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 1의 검찰에서의 자백은 매우 구체적이고, 피고인 1이 금원 사용처에 대해 납득할 만한 답변을 전혀 하지 못하고 있으므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정할 수 있다.



### 3) 판단

이 부분 공소사실에 관하여는 피고인 1이 이 부분 범행을 인정한다는 피고인 1에 대한 검찰 제8회 피의자신문조서의 기재(수사기록 13439쪽)만이 유일한 증거로 제출되었을 뿐, 검사는 당심에 이르기까지 피고인 1의 위 자백을 뒷받침할만한 보강증거를 제출하지 않고 있으므로, 위 자백은 피고인에게 불리한 유일한 증거에 해당하여 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 원심이 위 공소사실을 무죄라고 판단한 조처는 정당하고, 거기에 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 보이지 않는다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

아. 피고인 2의 공소외 5 주식회사 주식 매수 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

##### 가) 주위적 공소사실

피고인 2는 공소외 1 주식회사의 실질적 경영자로서 의료바이오사업 진출을 목적으로 유상증자를 실시하였으면 공소외 1 주식회사의 유상증자대금으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하지 않고, 의료바이오 사업을 위한 시설투자자금, 개발생산자금 및 인건비 등에 사용하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 임무에 위배하여 공소외 6과의 이면계약에 따라 공소외 6 외 2인이 소유하고 있는 공소외 5 주식회사 주식 282,000주를 75.5억 원에 매수하여 동인에게 75.5억 원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

##### 나) 예비적 공소사실

설령 공소외 1 주식회사의 사업확장 등 목적으로 공소외 5 주식회사 주식을 취득할 필요성이 인정된다 하더라도 피고인 2로서는 공소외 5 주식회사의 주식을 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격흥정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 이러한 조치를 취하지 아니한 채 공소외 1 주식회사의 회사자금 75.5억 원으로 공소외 6 외 2인이 소유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식을 시가보다 4배 이상 비싼 25,000원과 26,960원에 각 매입해 줌으로써 공소외 6으로 하여금 공소외 5 주식회사 주식 282,000주에 대한 정당한 가액인 1,692,000,000원(282,000주 × 주당 6,000원)과의 차액인 5,858,000,000원(7,550,000,000원 - 1,692,000,000원)의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액에 해당하는 재산상 손해를 가하였다.

#### 2) 원심의 판단

원심은 각 거시 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 5 주식회사를 별개의 상장법인을 통하여 우회등록하는 과정에서 시세차익 내지 위 상장법인을 타에 양도하는 과정에서 양도차익 등을 취할 목적에서 공소외 6에게 별개의 상장법인을 인수할 자금을 마련해주기 위하여 공소외 1 주식회사의 자금으로 공소외 6이 보유한 공소외 5 주식회사 주식을 취득한 점, ② 한편, 공소외 1 주식회사는 그 당시 계속하여 적자가 누적되고, 별다른 추진하고 있는 사업도 없는 상태였으므로 유망한 비상장기업의 합병이나 다른 회사로부터 영업의 양수, 신규

목적사업의 추진 등 공소외 1 주식회사의 새로운 목적사업의 진행을 위하여 그 금원을 사용하여야 했고, 단순히 회사의 자산을 늘리기 위하여 다른 회사 특히 비상장회사의 주식을 살 필요성도 없고, 그러한 자금 여력도 충분하지 않았던 점(실제로 공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사(2009. 8. 19. 그 상호를 공소외 75 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 74 주식회사'라 한다)의 주식을 매수하기 위하여 사채까지 발행하였다], ③ 상장법인이 비상장법인 특히 공소외 5 주식회사와 같이 순자산이 없는 바이오기업의 주식을 취득한 경우에 매년 회계감사 과정에서 실제로 그 주식가액의 평가문제로 인한 문제가 생길 뿐만 아니라 또한 실제로 그 주식가액이 감소할 경우에 그 감소분만큼 손실로 처리되어 공소외 1 주식회사의 자본을 잠식하는 문제가 발생하게 되는 점(실제로 공소외 1 주식회사의 경우도 비상장주식의 평가문제로 인하여 대주주인 피고인 3이 그 장부상의 가액이 공정가액과 차이가 없고, 만약 평가손실이 발생할 경우에 그에 대한 책임을 지겠다는 확인서를 작성하였고, 또한 공소외 5 주식회사의 주식을 매수한 공소외 76 주식회사, 공소외 77 주식회사도 현재에 그 주식의 장부가액이 당초의 매수가액보다 낮게 산정되어 있다), ④ 피고인 2가 공소외 1 주식회사로 하여금 공소외 74 주식회사의 주식을 매수할 기회를 부여하였다고 하더라도 공소외 1 주식회사로서는 단순한 투자자산에 불과한 공소외 74 주식회사의 주식을 매수하기 위하여 연 20% 정도의 높은 이율로 사채를 발행할 수밖에 없게 되었을 뿐만 아니라 85억 원 상당의 금액을 소비하여 현금유동성에도 차질이 빚어진 점(공소외 1 주식회사는 공소외 74 주식회사의 대주주가 된 공소외 6보다 높은 가격으로 공소외 74 주식회사의 주식을 취득하였다), ⑤ 피고인 2는 공소외 6이 제시한 일방적인 가격을 그대로 수용하였을 뿐이고, 이에 대하여 공소외 1 주식회사 이사회 결의 등 적절한 내부절차도 거치지 않았을 뿐만 아니라 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3 이외에 공소외 1 주식회사를 함께 경영하기로 한 공소외 8, 공소외 7에게까지 공소외 6이 향후 공소외 1 주식회사의 주식을 매수할 것이라고 거짓말까지 한 점, ⑥ 공소외 5 주식회사의 주식가치에 대하여 2개의 회계법인으로부터 평가를 받았고, 그 평가금액이 피고인 2가 공소외 6 등으로부터 매수한 가격보다 높은 것은 사실이나, 피고인 2는 위 평가결과가 나오기 이전에 이미 공소외 6 등으로부터 공소외 5 주식회사 주식을 양수하기로 합의하였고, 회계법인에 가치평가를 맡기면서 이미 공소외 6 등과 합의한 가격을 알려주었으며, 또한 회계법인 역시 위 평가에 주관적인 요소가 많이 개입되는 현금흐름할인법을 사용하였는데, 그 평가의 전제가 되는 매출액 예상자료 등 관련 자료는 모두 공소외 5 주식회사가 일방적으로 작성한 것이고(공소외 5 주식회사가 제출한 자료에 의하면 2009년도 예상매출액이 5억 7,000만 원이나 공소외 5 주식회사의 2009. 9. 31.까지의 매출액은 불과 1억 8,300만 원 정도에 불과하였다), 평가기간도 불과 2-3일에 불과한 사정 등을 종합하면, 회계법인의 평가결과를 그다지 신뢰할 수 없는 점 등을 종합하면, 피고인 2가 그 임무를 위배하여 공소외 6이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수함에 따라 최소한 그와 같이 비상장주식을 현금화함으로써 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 하고 반대로 공소외 1 주식회사에 그에 상응하는 재산상의 손해를 가한 것으로 볼 수 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 부분 업무상배임의 공소사실을 유죄로 인정한 후, 나아가 그 이득액에 관하여 다음과 같이 공소외 5 주식회사 주식가치가 0원이라 볼 증거가 없고 공소외 5 주식회사 주식 시가에 대한 입증이 없다고 하여 주위적 및 예비적 공소사실은 무죄로 판단하고, 다음과 같이 피고인 2가 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다고 인정하였다.

가) 주위적 공소사실에 대한 판단

주위적 공소사실과 같이 이득액을 인정하기 위하여는 공소외 5 주식회사의 주식의 실질가치가 영(零)이라는 점이 인정되어야 할 것인데, 검사가 제출한 증거들만으로는 이를 인정할 수 없고, 오히려 이 사건 기록에 의하면, 예비적 공소사실에서 기재한 것과 같이 공소외 5 주식회사 주식은 그 실질가치가 영(零)이라고 볼 수 없다.

나) 예비적 공소사실에 대한 판단

비상장주식의 경우 거래의 실례를 시가로 인정할 것인지 여부를 판정함에 있어서, 거래당사자 사이의 관계(인척관계나 친분관계, 특수관계에 있는지 여부 등), 거래시기, 거래경위, 가격결정 과정, 주식발행회사의 내부사정 및 경영상태, 순자산가액 및 순손익가액 등을 기초로 산정한 실제 주식가액과의 근접성 등을 판단 기준으로 삼아 개별사건에서 나타난 구체적 사정을 종합하여, 주식의 거래가격이 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 볼 것인지 여부를 판단하여야 할 것인바, 검사가 제출한 'PRESDAQ'(프리스닥) 장외거래 사이트에서 출력한 공소외 5 주식회사의 '주가추이'(차트)자료의 기재에 의하면, 프리스닥 장외거래 사이트에서 2009. 4. 13. 공소외 5 주식회사의 1주당 거래가격을 6,000원으로 책정한 사실은 인정되나, 그러나 ① 위 장외거래 사이트에서 공소외 5 주식회사 1주당 거래가격이 2009. 3. 20.부터 2009. 4. 20.까지 6,000원으로 고정되어 있고, 그 이후에도 매일 그 거래가격이 변동하는 것이라 아니라 상당한 기간이 지나야 그 가격이 변동하고 변동한 가격이 상당한 기간 그대로 유지되고 있는 점, ② 위 장외거래 사이트에서 위와 같이 1주당 거래가격을 어떻게 산정하는지 자체가 불분명한 점, ③ 1주당 거래가격 이외에 주식의 거래량 등 다른 자료는 전혀 나타나 있지 아니한 점 등을 종합하면, 하나의 장외주식 거래사이트에서 1주당 거래가격으로 표시한 가격을 객관적 교환가치를 적정하게 반영하는 정상적인 시가로 단정할 수 없고, 달리 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 5 주식회사 주식의 적정가치를 산정할 수 없어 피고인 2의 배임행위로 인한 이득액을 산정할 수 없다.

다) 원심이 유죄로 인정한 부분

피고인 2는 2009. 4. 10.경 성남시 중원구 상대원동 (이하 3 생략)에 있는 공소외 5 주식회사의 사무실에서, 피해자 공소외 1 주식회사를 사실상 운영하고 있었던바 그 당시 피해자 공소외 1 주식회사는 2006년경부터 계속해서 적자가 누적되어 부채규모가 530여억 원에 이르는 등 재무상태가 극히 열악하고, 별달리 진행하는 사업도 없어 코스닥 시장에서 관리종목으로 지정되거나 또는 상장이 폐지될 위기에 직면해 있었으므로 유상증자를 통하여 조달한 자금을 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사의 주식을 자산으로 인수할 것이 아니라 성장가능성이 있으면서 매출이 있는 비상장회사를 인수하거나 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 하고, 또한 비상장회사의 주식을 자산으로 취득함에 있어 외부평가기관에 의한 공정한 평가를 받고 매매가격에 대한 실질적 가격흥정이나 협상과정을 거치는 등의 조치를 취하여 회사에 재산상 손해가 발생하지 않도록 하여야 할 업무상 임무가 있음에도 불구하고 그 임무에 위배하여, 향후 성장가능성은 있으나 매출이 거의 없어 증권시장에 진입을 하지 못하고 있는 비상장회사 및 영업실적 부진 및 재무상태 악화 등의 이유로 인하여 상장폐지 직전에 있는 상장회사의 인수·합병을 통한 시세차익, 위와 같이 합병한 회사의 제3자 매각을 통한 양도차익 등으로 개인적인 이익을 챙기기로 마음먹고, 공소외 5 주식회사의 대주주인 공소외 6에게 접근하여 '당신이 보유한 공소외 5 주식회사의 주식을 시가보다 비싸게 매수해 줄 테니, 그 자금으로 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 상

장회사를 인수해라, 그 대신 상장회사는 내가 선정하고, 그 상장회사의 경영권도 절반은 내가 가지는 것으로 하자.'라고 제의한 후 공소외 5 주식회사 주식의 정당한 가격에 대하여 평가하지도 아니하고 공소외 6이 요구하는 가격대로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 75억 5,000만 원으로 공소외 6이 보유하고 있던 공소외 5 주식회사의 주식 25만 5,000주를 주당 26,960원에, 공소외 78, 공소외 79가 보유하고 있던 공소외 5 주식회사 주식 2만 7,000주를 주당 25,000원에 각 매수하여 공소외 6, 공소외 78, 공소외 79로 하여금 액수 불상의 재산상 이득을 취득하게 하고, 피해자 공소외 1 주식회사에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

### 3) 피고인 2의 항소이유 요지

#### 가) 사실오인

- ① 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사의 구주를 매입한 주된 이유는, 공소외 6에게 자금을 제공하기 위함이 아니라, 우선 공소외 6이 유상증자를 진행할 생각이 전혀 없었고, 공소외 1 주식회사의 이익을 꾀하고자 세운 "공소외 1 주식회사의 유상증자- 공소외 1 주식회사가 쉐 회사와 펄 회사에 투자- 쉐 회사와 펄 회사의 합병"이라는 계획의 성사를 위한 불가피하고 유일한 방법이었기 때문이다.

즉 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 위 심사에 통과하지 못할 가능성 때문에 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6이 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 6에게 쉐 회사 구입자금을 원조하게 된 것이다.

다만, 피고인 2는 공소외 6에게 '공소외 5 주식회사 주식을 매도할 것' 및 '매도자금을 쉐 회사에 재투자할 것'을 결합하여 제안함으로써 단지 공소외 6 개인의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사 구주를 매입해 주는 것이 아니라는 점을 명시하였다.

피고인 2는 이 거래를 하는 과정에서 처음 알게 된 사이로서 공소외 6의 이익을 위해 배임 행위를 할 아무런 동기도 없었다.

- ② 공소외 6이 제시하는 가격을 수용한 이유는, 종전 공소외 5 주식회사 유상증자시 책정된 주가가 25,000원이었고 직상장하려고 시도하였을 당시는 34,000원 이상이었으며 공소외 5 주식회사에 투자하려는 자들이 워낙 많았던 터라 공소외 6이 협상력 측면에서 우위를 차지하고 있었기 때문이다.

#### 나) 배임죄 고의에 관한 법리오해

경영자의 경영상 결정의 위법성을 판단할 때에는 경영재량을 존중하여야 하는 한계를 가지므로, 리스크 및 그에 따른 회계처리 문제 등을 들어 자금의 용처의 적정성을 판단하는 경우에는 그 배임죄의 고의를 인정함에 있어 엄격한 해석을 하여야 한다.

그럼에도 불구하고 원심은 유상증자 자금을 투자 사업이 아닌 새로운 목적 사업의 진행을 위해 사용하였어야 한다고 설시하였는바 이는 배임죄에 관한 법리를 오해하였다.

더욱이 공소외 1 주식회사가 투자한 주식을 그대로 보유하고 있었다면 많은 투자 수익을 얻었을 것이다.

다) 배임죄의 손해의 발생 및 이익 등에 관한 법리오해

공소외 1 주식회사는 피고인 2의 투자로 손해를 입은 바가 없고 피고인 2가 그에 관한 고의에 관한 입증이 없으며, 피고인 2가 공소외 6에게 유동성을 증가시키는 재산상의 이익을 취득하게 할 의사를 어떤 이유로 가지고 있었다는 것인지 이해할 수 없다.

라) 회계법인평가의 증명력 배척

공소외 5 주식회사는 과거에 직상장을 시도하고 유상증자도 실시하는 등 객관적인 자료를 구비하고 있었고 공소외 5 주식회사는 줄기세포를 이용한 의학기술을 바탕으로 한 비상장 회사이므로 그 가치를 평가할 때는 부득이 회계법인의 평가재량을 신뢰할 수밖에 없다.

4) 감사의 항소이유 요지

공소외 5 주식회사 주식의 시가에 대하여 검찰이 제출한 프리스탁 자료는 신빙성이 있고, '상속세 및 증여세법상의 순자산가치평가방법'에 의한 주식시세 평가 자료는 그 산정에 관한 자료 제출 기회를 검찰에 부여하지도 않았는데도 단순히 이를 믿기 어렵다고만 한 원심은 심리미진의 위법이 있다.

5) 당심의 판단

가) 법리

일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것인데, 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 이와 같은 주관적 요소를 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 하며, 배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 손해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다.

그런데 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서도 일반적인 업무상배임죄에 있어서 고의의 입증 방법과 마찬가지로 법리가 적용되어야 함은 물론이지만, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있는바, 이러한 경우에까지 고의에 관한 해석기준을 완화하여 업무상배임죄의 형사책임을 묻고자 한다면 이는 죄형법정주의의 원칙에 위배되는 것임은 물론이고 정책적인 차원에서 볼 때에도 영업이익의 원천인 기업이 정신을 위축시키는 결과를 낳게 되어 당해 기업뿐만 아니라 사회적으로도 큰 손실이 될 것이므로, 현행 형법상의 배임죄가 위태범이라는 법리를 부인할 수 없다 할지라도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성과 이익획득의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하

의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준은 유지되어야 할 것이고, 그러한 인식이 없고 다만 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물을 수는 없다( 대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

나) 인정사실

이 사건 증거에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 2, 공소외 8, 공소외 7(앞서 본 바와 같이 ' 피고인 2 등'이라 한다)은 2009. 2. 초순경 피고인 1, 피고인 3에게 자신들이 책임지고 공소외 1 주식회사가 유상증자에 성공할 수 있도록 도와줄 테니 자신들과 공소외 1 주식회사를 공동으로 경영하면서 자신들이 가지고 있는 펄 회사인 공소외 24 주식회사, 공소외 5 주식회사 등을 공소외 1 주식회사를 통하여 우회상장하자고 제의를 하였고, 이에 대하여 피고인 1, 피고인 3은 자신들이 소유한 공소외 1 주식회사의 주식을 처분할 테니 피고인 2 등이 공소외 1 주식회사를 경영하라고 하면서 그에 대한 전제조건으로 피고인 2 등에게 최소한 100억 원 이상의 유상증자를 하여야 하고, 자신들의 주식을 최소한 주당 3,000원 이상에 팔 수 있도록 공소외 1 주식회사의 주가를 올려달라고 요구하였다.
  - ② 피고인 2 등은 위 요구를 받아들였고, 이에 따라서 피고인 1, 피고인 3은 2009. 2. 13. 피고인 2 등이 실질적으로 운영하던 공소외 22 주식회사와 사이에 주식 및 경영권 양수도계약(이하 '이 사건 양수도계약'이라 한다)을 체결하였다.
  - ③ 한편, 피고인 2 등은 2006년경부터 적자가 누적되어 왔고 별달리 진행하는 사업도 없어 상장이 폐지될 위기에 직면해 있던 공소외 1 주식회사를 회생시키기 위한 방안으로 여러 방안을 검토하던 중 공소외 1 주식회사의 유상증자를 성공시켜 이로써 쉐 회사가 될 수 있는 유망한 비상장회사에 투자하고 또 상장회사(쉐 회사)에 투자한 후 쉐 회사와 펄 회사를 합병하는 방안을 선택하고, 그 펄 회사로서 처음에는 공소외 15 박사의 공소외 24 주식회사를 고려하여 추진하였다가 조건이 맞지 않아 포기하고, 비록 매출은 아직 미미하지만 성체줄기세포를 이용한 다수의 생산기술 특허가 있는 등 기술적인 달성도가 높고 향후 성장가능성이 큰 공소외 5 주식회사로 결정하였다(당시 줄기세포 관련주인 공소외 27 주식회사 주가가 2,000원 대에서 약 10배가량 올랐는데 시장에서는 공소외 5 주식회사의 기술력이 공소외 27 주식회사보다 낫다는 평가를 받고 있었다.  
).
  - ④ 이렇듯 펄 회사를 공소외 5 주식회사로 결정함에 있어서는 피고인 2 등과 피고인 1, 피고인 3의 명시적 내지 묵시적 합의가 있었다.
- 다만, 이러한 계획의 성사를 위하여는 공소외 5 주식회사가 쉐 회사와 합병하여야 하고 그러려면 공소외 5 주식회사의 우회상장 여부에 관한 금융위원회의 심사를 거쳐야 하는데 공소외 5 주식회사가 당시 매출실적이 별로 없어 위 심사에 통과하지 못할 가능성이 있기 때문에 문제가 되었다.
- 피고인 2는 이 문제에 대한 해결책으로 공소외 5 주식회사 최대주주가 쉐 회사에서도 최대주주의 지위에 1년 이상 있을 경우 위 심사를 거칠 필요가 없다는 점에 착안하여 공소외 5 주식회사 최대주주가 피고인 2 등이 지정하는 쉐 회사에 투자하는 조건으로 공소외 5 주식회사 최대주주의 구주를 매수함으로써 쉐 회사 구입자금을 지원하기로 하는 계획을 세웠다.

⑤ 피고인 2는 2009. 3. 27.부터 공소외 5 주식회사의 최대주주 공소외 6과 접촉하여 공소외 6에게 공소외 5 주식회사가 일반적인 우회상장 요건을 갖추지 못하여 통상의 경우처럼 주식교환이나 상장법인이 공소외 5 주식회사를 합병하는 등의 방법으로는 우회상장을 할 수 없고, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되어서 그로부터 1년이 지나면 공소외 6이 최대주주로 있는 상장법인과 공소외 5 주식회사를 합병할 수 있는데 그렇게 되면 우회상장과 같은 효과가 발생하며, 공소외 6이 상장법인의 최대주주가 되려면 상장법인의 주식을 인수할 대금이 필요로 할 것인데, 공소외 1 주식회사가 유상증자를 통하여 마련한 자금으로 공소외 6의 공소외 5 주식회사의 주식을 매수해주어 위 인수대금을 마련하여 주겠다는 자신의 계획을 설명하면서 위 계획에 동참할 것을 요청하였고, 공소외 6도 위 계획을 검토해보기로 하고 일단 자신과 공소외 5 주식회사의 이사로서 공소외 6의 사촌형인 공소외 78 소유의 공소외 5 주식회사의 주식을 매도하는 것에는 동의를 하였다.

⑥ 공소외 6은 공소외 5 주식회사 주식 매매가격과 관련하여, 당시 공소외 5 주식회사의 임상실험이 3상이고, 바이오주로서 그 가치가 올라가고 있는 상태이며, 공소외 5 주식회사의 마지막 유상증자를 2005. 7. 실시하였는데 그 당시 주당 가격이 25,000원이었기 때문에 그 가격 미만으로는 주식을 매도할 수 없다고 하였고, 피고인 2는 이를 받아들여 주당 25,000원에 매수하기로 하였다(그 후 공소외 6은 자기 주식은 좀 더 높은 가격에 매도하겠다고 하여 피고인 2는 주당 26,960원에 매수하기로 하였다.

).

⑦ 이에 피고인 2는 2009. 4. 5.경 공소외 6에게 ' 공소외 1 주식회사가 공소외 6 소유의 255,000주 및 공소외 78 소유의 25,000주를 주당 25,000원으로 하여 합계 70억 원에 공소외 6, 공소외 78로부터 매수하고, 그 이후의 상장법인의 인수절차에 대하여는 피고인 2가 주도한다.

'라는 내용으로 주식양수도계약서 초안을 작성하여 보냈고, 이에 대하여 공소외 6은 주식매각 이외에 상장법인의 인수에 관한 내용은 빼달라고 요청하였으며, 피고인 2는 2009. 4. 9.경 공소외 6에게 공소외 6의 요청에 따라 주식매각에 관한 내용만 담은 주식양수도계약서 초안을 다시 보내면서 공소외 5 주식회사 주식의 가치평가를 위하여 자신이 회계법인을 선정하여 공소외 5 주식회사로 보내겠다고 하였다.

⑧ 한편, 피고인 2 등은 자신의 계획에 따라 유상증자를 실시하여 2009. 4. 6. 납입된 266억 원 중 자신이 펄 회사에 투자하기 위하여 관리하던 150억 원 중 75억 원으로 아래와 같이 공소외 5 주식회사 최대주주인 공소외 6 등이 소유한 공소외 5 주식회사 주식을 매수하였다( 피고인 2 등은 나머지 금원 중 30억 원으로 공소외 1 주식회사의 자회사인 공소외 12 주식회사를 설립하였으며, 나머지 금원 중 회사 경비 등으로 사용한 금액을 제외한 나머지 약 30억 원에다가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행에게 인수시킴으로써 조달한 80억 원을 합한 약 110억 원 중 85억 원을 쉐 회사인 공소외 74 주식회사의 구주 34만 주를 매수하는데 사용하였다.

).

⑨ 피고인 2는 2009. 4. 10. 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 26으로 하여금 150억 원이 든 통장에서 75억 원을 인출하도록 한 다음 공소외 26과 함께 공소외 5 주식회사를 찾아갔고, 그곳에서 공소외 6과 사이에 공소외 1 주식회사가 공소외 6으로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 255,000주를 주당 26,900원으로 68억 7,500만 원에 매

수하고, 공소외 78로부터 그 소유의 공소외 5 주식회사 주식 25,000주를 주당 25,000원으로 6억 2,500만 원에 매수하기로 합의는 하였으나, 공소외 6이 회계법인의 평가결과를 보고 계약서에 날인하자고 하여, 피고인 2는 일단 공소외 6에게 75억 원 투자금을 맡기고 가겠다고 하면서 주고, 공소외 6으로부터 현금보관증을 받았다.

한편, 피고인 2는 공소외 6의 부탁으로 공소외 5 주식회사의 직원인 공소외 79 소유의 공소외 5 주식회사 주식 2,000주를 주당 25,000원으로 5,000만 원에 매수하였다.

⑩ 공소외 6, 공소외 78은 2009. 4. 13. 공소외 107 회계법인으로부터 공소외 5 주식회사 주당 27,668원으로 평가한 가치평가결과보고서가 도착하자, 4. 13.자 주식양수도계약서에 그들의 인감을 날인하여 피고인 2에게 건네주었다(그 후 피고인 2는 공소외 1 주식회사 자금 10억 4,000만 원으로 2009. 7. 10. 공소외 80으로부터 공소외 5 주식회사 주식 4만 주를 추가로 주당 26,000원에 장외 매수하여 이로써 공소외 1 주식회사는 공소외 5 주식회사 지분 10.06%를 취득하게 되었다.

).

⑪ 한편, 그 무렵 피고인 2는 공소외 6과 사이에, 공소외 6이 공소외 1 주식회사로부터 받은 75.5억 원의 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 임의로 다른 회사에 투자를 하지 못하도록, 피고인 2가 공소외 6의 위임 아래 공소외 6이 인수할 상장법인을 물색하고, 그에 필요한 자금조달 등 공소외 5 주식회사의 우회상장과 관련한 일체의 사항을 준비하되, 다만 최종적으로는 피고인 2와 공소외 6이 합의하여 이를 결정하기로 하는 투자 관련 합의를 하고, 그 후 이에 기하여 작성일자 2009. 4. 16.로 된 투자 관련 합의를 작성하였다.

⑫ 피고인 2는 2009. 4. 말경 피고인 1, 피고인 3에게 공소외 6이 공소외 1 주식회사에 들어오더라도 지분이 적어서 반대를 하고 있으니 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 하기는 어렵다고 이야기를 하여, 피고인 3은 피고인 2에게 20억 원을 대여하여 공소외 22 주식회사 명의로 증자에 참여하여 대주주 지분을 늘리고 그 지분을 공소외 6에게 넘기면 충분한 지분 확보가 되므로 공소외 1 주식회사를 셀 회사로 할 수 있다고 하면서 자신의 공소외 1 주식회사 주식을 담보로 제공하여 이로써 피고인 1이 사채업자로부터 20억 원을 대출받아 공소외 22 주식회사 앞으로 대여하였다. 이에 공소외 22 주식회사는 2009. 4. 30. 위 20억 원으로 유상증자에 참여하여 공소외 1 주식회사의 최대주주가 되었다.

⑬ 그러나 결국 2009. 5. 중순경 피고인 2는 피고인 1, 피고인 3에게 최종적으로 공소외 1 주식회사를 통한 우회상장은 불가능하다고 통보를 했고 그 대안으로 새로운 회사를 통해 공소외 5 주식회사를 우회상장시킬 것인데 공소외 1 주식회사가 공소외 5 주식회사를 포함해서 새로운 회사에 지분 참여하면 공소외 1 주식회사도 같이 주가가 오를 것이니 그때 상승한 가격에 팔라고 설득하였다.

피고인 1, 피고인 3은 처음에는 난색을 표하다가 결국 피고인 2의 제안에 따르기로 하였다.

⑭ 피고인 2는 2009. 7. 7.경 공소외 8과 공소외 7에게 공소외 5 주식회사가 우회상장할 셀 회사로 공소외 74 주식회사가 선정되었음을 알렸다.



⑮ 공소외 74 주식회사의 최대주주 공소외 81 외 3명은 2009. 7. 8. 피고인 2, 공소외 6 등과 사이에 공소외 1 주식회사와 공소외 6, 공소외 82 주식회사 외 13인에게 공소외 81 외 3명의 보유 지분 80만 주(65%)를 주당 25,000원으로 하여 총액 200억 원에 양도하기로 하되, 위 200억 원 중 공소외 1 주식회사는 85억 원, 공소외 6은 10억 원, 나머지 105억 원은 공소외 82 주식회사 외 13인이 각 양수하기로 하는 주식 및 경영권 양수 계약을 체결하였다.

이에 따라 공소외 1 주식회사는 2009. 7. 7. 공소외 74 주식회사의 주식 12만 주를 주당 25,000원으로 하여 30억 원에 매수하였고, 2009. 7. 10. 공소외 74 주식회사의 주식 4만 주를 주당 25,000원으로 하여 10억 원에 매수하였으며, 2009. 8. 19. 18만 주를 주당 25,000원으로 하여 45억 원에 매수하여 총 85억 원 상당의 주식 34만 주 17.82%를 매수하였다.

한편, 공소외 6은 피고인 2와 체결한 투자 관련 합의에 따라 공소외 1 주식회사로부터 받은 공소외 5 주식회사 주식 매매대금을 그대로 보관하고 있다가 피고인 2가 투자할 회사를 공소외 74 주식회사로 확정하자 그 매매대금에다가 차용금 등을 합하여 10억 원은 공소외 74 주식회사 주식을 취득하고, 70억 원은 공소외 74 주식회사의 제3자배정 유상증자에 참가하여 43만 2,100주를 취득하여 공소외 74 주식회사의 최대주주가 되었다.

#### 다) 판단

앞서 본 법리에 비추어 볼 때, 위 인정사실 및 이 사건 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 신규 수익원 창출을 위하여 전체적인 인수합병 구도를 검토하여 그 중 유상증자를 통하여 조달한 자금으로 펄 회사와 셀 회사에 투자한 후 위 두 회사를 합병시킴으로써 수익을 극대화하는 방안을 채택한 후 이러한 전체적인 구도와 계획에 기하여 펄 회사로서 공소외 5 주식회사의 기술력, 잠재적인 성장가능성, 그로 인한 수익성 등을 종합적으로 검토한 다음 공소외 5 주식회사의 주식을 인수하였던 점, ② 비록 그 당시까지의 공소외 5 주식회사의 매출액이 미미하고 회사가 상장되지 않은 상태였다고 하여 회사 자체가 수익성이 불확실하다고 단정할 수 없는 것이며, 현재의 경제실상에 비추어 볼 때 위 회사에의 투자가 "사회통념상 용인할 수 있는 자금운용방법"의 범위를 벗어난 것이라고 단정하기 어렵고, 오히려 당시로서는 줄기세포 관련주 중에서도 그 기술력이 월등히 뛰어나 사업전망 면에서 충분히 성과를 기대할 수 있던 상태였던 것으로 보이며, 수익성 면에서도 상장회사와의 합병을 통하여 그 가치상승의 효과를 예견할 수 있었던 것으로서 이러한 인수는 유상증자 당시에 이미 계획되었던 투자를 실행하기 위한 것으로 보이는 점, ③ 매출이 있으면서 성장가능성이 있는 비상장회사는 대부분 이미 고평가되어 있기 때문에 그 투자의 효과 면에서 반드시 효율적이라고 보기 어렵고, 당시 공소외 1 주식회사가 처한 상황에 비추어 볼 때 유상증자로 조달한 자금을 반드시 새로운 사업 진출을 위한 비용 등으로 사용하여야 할 이유를 찾기 어려우며 그러한 비용으로 사용하였다 하더라도 반드시 성공이 보장된다고 장담하기 어려우므로, 결국 이는 경영자의 경영판단에 맡겨야 할 영역으로 보이는 점, ④ 공소외 29는 원심 법정에서, '공소외 1 주식회사에서 공소외 5 주식회사의 주식을 취득할 필요성이 당시 있었나요'라는 질문에 '그것은 제가 경영자가 아니었으니까 경영의 판단 문제인 것 같고, 경영자들이 어떤 생각을 갖고 그 회사를 가져갈 것이냐는 판단에 준하였다고 본다'고 진술한 점(수사기록 1813쪽), ⑤ 비록 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 당시 이사회는 적법한 결의가 없었다고는 하나 당시 공소외 1 주식회사의 이사회는 사실상 피고인 2 등 공소외 1 주식회사의 실질적인 경영주체들로부터 형식상 위임을 받아 이 사직을 수행하고 있는 사람들로 구성되어 있었던 것으로 보이고 위 실질적인 경영주체들 및 피고인 1, 피고인 3 등

은 모두 위 매수에 이의를 제기하지 않았고 명시적 내지 묵시적 동의를 한 것으로 보이는 점, ⑥ 공소외 7은 원심 법정에서, '공소외 5 주식회사 구주 취득 과정은 이미 저희가 증자를 진행하면서 공소외 15 관련 펠에 투자를 하느냐 아니면 공소외 5 주식회사에 투자를 하느냐 양쪽 중 하나를 하자는 것에 모두 공감을 하고 있는 상황이었고, 그 이후 공소외 15 펠에서는 딜이 안 되었다', '그래서 당연히 공소외 5 주식회사에 투자하고 일정을 진행할 수밖에 없었고 그래서 구주 취득한 부분에 대하여는 저희가 이의를 제기할 수 있는 상황이 안 되었다'고 진술한 점(공판기록 1465쪽), ⑦ 공소외 6은 마지막 증자한 주주들이 25,000원에 증자하였으므로 만약 그 이하로 매각하게 된다면 그 주주들에 대하여 합당한 이유를 설명하여야 될 것이라고 하면서 당시 회사 시재가 25억 원 내지 30억 원 정도가 있어서 굳이 그 이하로 매각할 절박한 필요성도 없었다고 진술하였고, 또한 회계법인의 평가가 25,000원보다 낮게 나오면 팔지 않을 생각이었다고 진술하였는바, 피고인 2가 이러한 공소외 6으로부터 공소외 5 주식회사의 주식을 매수하여 이 사건 인수합병 계획을 성사시키기 위하여는 공소외 6의 요구를 들어줄 수밖에 없던 상황이었고, 공소외 6과 피고인 2는 그 이전에는 알지 못했던 사이로서 피고인 2가 아무런 친분관계도 없는 공소외 6의 이익을 위하여 공소외 5 주식회사의 주식을 매수할 다른 동기나 이유를 찾기는 어려운 점, ⑧ 공소외 7은 원심 법정에서, 공소외 1 주식회사에서는 일반 투자자들이 갖고 있는 지분이 아니라 공소외 6 대표이사의 지분을 인수한다는 것이 공소외 1 주식회사의 주가에 좀 더 긍정적인 영향을 미칠 것이라 생각했고 공소외 6의 지분을 인수함으로써 향후 공소외 6한테 우회상장에 필요한 자금을 마련해주는 형태로 인수를 하였던 것이고 공소외 5 주식회사가 다른 상장회사에서도 동일한 가격에 투자한 적이 있어서 큰 문제가 없지 않을까라고 생각했다고 진술한 점(공판기록 1466쪽), ⑨ 피고인 2는 공소외 6과의 투자 관련 합의를 통하여 인수대상 회사를 물색하는 등 인수와 관련된 일체의 행위를 공소외 6으로부터 위임받는 등 이 사건 인수합병 계획 성사의 보장을 위한 대비책도 마련하였던 점, ⑩ 피고인 2가 인수합병을 통한 시세차익 등으로 개인적인 이익을 취할 의도가 있었다고 하더라도, 피고인 2의 개인 자금도 투자되었다면 공소외 1 주식회사의 투자금과 같이 손익을 같이하게 될 운명으로서 피고인 2로서는 더더욱 공소외 1 주식회사에게 손해를 끼칠 동기는 없었던 것으로 볼 수밖에 없는 점, ⑪ 공정한 평가에 의한 가격으로 비상장회사의 주식을 매수하지 않을 경우의 전형적인 횡령수법으로는, 비상장회사의 주주와 공모하여 그 주주가 보유한 주식의 가치를 부풀려 본인들이 경영하고 있는 상장회사에서 그 비상장회사 주식을 비싼 가격에 매입한 다음 비상장회사 주주로부터 그 지분 대금을 되돌려 받는 방법이 있고, 이는 비상장회사 주주와의 친밀도에 따라 되돌려받은 대금 전액을 다 쓰고 나중에 비상장회사 주주에게 실제 지분 대금과 세금을 내주는 방법이나 미리 구주에 대한 실제 지분대금과 세금 부분을 제외한 나머지를 비상장회사 주주로부터 되돌려받아 사용하는 방법으로 나눌 수 있는데(수사기록 1185쪽), 이 사건의 경우는 피고인 2가 공소외 5 주식회사의 주주인 공소외 6과 공모하여 부풀려진 대금 상당을 되돌려받았다는 주장·입증이 전혀 없는 점, ⑫ 오히려 공소외 1 주식회사의 공소외 5 주식회사 주식 매수 이전에도 산성피엔씨가 2005. 7.경 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있고, 공소외 77 주식회사도 마찬가지로 공소외 5 주식회사의 주식을 1주당 25,000원에 취득한 바 있으며, 2007. 8.경 공소외 83 증권을 통해 공소외 5 주식회사의 직상장을 추진할 당시 예비공모가 산정을 위해 공소외 5 주식회사의 가치를 회계법인으로부터 평가받았을 때 공소외 5 주식회사의 주당 가격이 34,000원에서 36,000원으로 나왔던 점, ⑬ 피고인 3은 원심 법정에서, '검찰 조사 시 공소외 5 주식회사가 가치가 급격히 떨어졌다는 취지로 진술하였는데 이는 제가 화가 많이 난 상태에서 이야기한 것으로 그렇게 말한 것은 부끄럽게 생각한다', '가치가 없는 회사라고 생각하는 것은 아니다'고 진술하였고(공판기록 1042쪽), 당시 법정에서도 마찬가지로 공소외 5 주식회사가 가치가 없는 회사라고 판단한 것이 잘못되었다는

의미에서 부끄럽게 생각한다고 진술한 점, ⑭ 현재 공소외 5 주식회사와 공소외 74 주식회사는 합병 예정인 상태로 서 양 회사의 주식 시가는 공소외 1 주식회사가 취득할 당시보다 몇 배나 상승하였고, 공소외 74 주식회사의 주가가 상승한 근본적인 이유는 공소외 5 주식회사와 합병하기로 하였기 때문이며, 공소외 1 주식회사가 위 양 회사에 투자한 주식을 지금도 보유하고 있다면 그 투자수익 합계액은 수백억 원에 달할 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 5 주식회사의 주식 매수를 결정한 피고인 2에게 주식의 적정가격 검토에 대한 주의의무를 다소 소홀히 한 점이 있다고 본다 할지라도 회사자금을 이용한 부주의한 투자가 모두 배임죄에 해당하는 것은 아닌 이상 그것만으로써 배임의 고의가 있었다고 단정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없어 무죄라 할 것이다.

그런데도, 원심은 피고인 2에 대하여 업무상배임죄의 성립을 인정하였는바, 이러한 원심판결에는 업무상배임죄에 있어서 고의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

따라서 이를 다투는 피고인 2의 항소이유의 주장은 이유 있고, 이 부분 공소사실이 유죄임을 전제로 한 검사의 항소이유의 주장은 이유 없다.

자. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 알선 대가로 사용함으로 인한 업무상횡령 및 피고인 5의 알선수재 부분에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

공소외 1 주식회사의 실질적 경영자인 피고인 2는 공소외 1 주식회사의 악화된 자금 사정을 해결하기 위하여 신주인수권부사채를 발행하려고 하였으나 공소외 1 주식회사의 자산구조나 경상수익, 주가 등을 고려하면 금융기관 등이 신주인수권부사채를 인수하지 않을 것이 예상되자 공소외 7에게 사례비를 주고서라도 이를 인수할 금융기관을 물색해 볼 것을 지시하였고, 이에 공소외 7은 2009. 6.경 공소외 85 증권 서초지점의 차장으로 근무하는 피고인들에게 공소외 1 주식회사가 발행할 예정인 80억 원 상당의 신주인수권부사채(BW)를 인수할 금융회사를 찾을 수 있도록 도와주면 사례비를 주겠다는 제안을 하였고, 이에 피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수할 금융기관으로 평소 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행 여신담당 부장인 공소외 86을 공소외 7에게 소개해주었고, 공소외 9 상호저축은행은 2009. 7. 9. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 80억 원을 인수하였다.

피고인 5, 피고인 6은 위 사채를 인수해 줄 금융기관을 알선해 준 대가로, 피고인 5는 2009. 7. 13. 공소외 74 주식회사의 주식을 취득함에 있어 공소외 7이 그 대금을 대납해 주는 방식으로 7,000만 원을, 2009. 8. 7. 서울 서초구 서초동에 있는 공소외 85 증권 서초지점 사무실에서 피고인 6을 통하여 현금 7,000만 원을 수수하고, 피고인 6은 2009. 7. 16. 서울 강남구 삼성동 공소외 85 증권 테헤란지점 입구에서 공소외 7로부터 수표 1억 원을 수수하였다.

이로써 피고인 5, 피고인 6은 공모하여 금융기관의 임직원인 공소외 86의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수하였다.

한편, 피고인 2는 위와 같이 알선의 대가로 피고인 5, 피고인 6에게 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 7과 공모하여 2009. 7. 13.경 서울 강남구 논현동 (이하 4 생략)에 있는 피해자 공소외 1 주식회사 회장실

에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 그 직전인 2009. 6. 24. 설립된 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도, 공소외 7에게 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 등에 관한 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅대금을 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위 기재와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 하는 등 임의로 소비하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7은 자신의 판단에 의해 2억 4,000만 원을 피고인 5, 피고인 6에게 공소외 9 상호저축은행이 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급하였으며 피고인 2는 구체적 사정을 모른 채 위 2억 4,000만 원이 신주인수권 매입비용으로 지출된 것이라고만 알고 있었고 공소외 7의 원심 법정 진술도 이에 부합한다.

#### (2) 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지게 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 공모 여부에 대한 판단

원심이 이 사건 각 증거들에 의하여 인정한 다음과 같은 사정들, 즉 ① 우선, 피고인 2와 이 부분 범행을 공동하여 저지른 공소외 7이 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 7의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고인 2가 주도한 공소외 74 주식회사의 인수자금 마련을 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 피고인 2의 비서였던 공소외 88의 책상에서 공소외 1 주식회사와 공소외 87 주식회사가 체결한 컨설팅계약서 사본이 발견되었으며, 피고인 2도 최소한 금융기관이 보유하는 신주인수권을 다른 회사를 통하여 되사주는 것에 대하여는 공소외 7과 논의하였다고 인정하고 있는 점 등에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심이 드는 다음의 사정, 즉 ④ 이 부분 횡령 당시에는 피고인 2가 공소외 1 주식회사의 경영권을 주도하고 있던 때로 보이고 회사의 100만 원 이상의 수입·지출은 모두 피고인 2의 승인을 받도록 되어 있었던 점, ⑤ 공소외 7은 원심 법정에서, '제가 피고인 2에게 피고인 5, 피고인 6에 대해 그들이 누구인지 구체적으로 공소외 9 상호저축은행 관련하여 이런 비용이 들어간다는 것을 알렸고, 이에 피고인 2가 당연히 그렇게라도 지불하라고 허락하였다'고 진술한 점(공판기록 1469쪽), ⑥ 공소외 7은 검찰에서, '2009. 7. 7. 피고인 2가 공소외 74 주식회사 인수대금 200억 원에 대한 룬(주식을 인수할 기회)을 배정한 내용이 기재된 메모지를 공소외 8과 저에게 보여주었는데 그 중 공소외 9 상호저축은행과 증권사 관계자들 배정 몫은 10억 원(명의를 공소외 89)으로 되어 있었다', '하지만 공소외 9 상호저

축은행과 증권사 관계자들과의 문제는 제가 맡아서 처리를 한 것이기 때문에 그 배정을 3억 원으로 줄이고 남은 7억 원을 공소외 8과 둘이서 3.5억 원씩 나누었다'고 진술한 점(수사기록 13813쪽), ⑦ 피고인 2는 80억 원의 신주인수권부사채 발행에 대한 피고인 6, 피고인 5의 공로를 인정하여 차후 주가상승으로 차익 발생이 예상되는 공소외 74 주식회사의 구주 인수에 롬을 배정해 준 것이었던 점(수사기록 250쪽), ⑧ 공소외 8은 검찰에서, '공소외 7이 80억 원의 신주인수권부사채 발행을 성사시킬 때 힘을 쓴 공소외 85 증권피고인 5와 그 직원 1명에게 공소외 74 주식회사를 인수할 당시 여러 명의 명의로 나누어 구주를 인수하면서 합해서 3,4억 원의 롬을 피고인 2가 제공해준 것으로 알고 있다'고 진술한 점(수사기록 211쪽), ⑨ 실제로 피고인 5에게 롬이 제공되었고 위와 같은 공소외 74 주식회사의 롬 배분은 피고인 2가 주도한 것으로 보이는 점을 종합하면, 피고인 2가 공소외 7과 공모하여 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 4,000만 원을 공소외 87 주식회사의 계좌로 송금한 다음 위와 같이 피고인 5, 피고인 6에게 알선의 대가로 지급하게 한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

## (2) 불법영득의사 유무에 대한 판단

형령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 형령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 위 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음 사정들, 즉 ① 피고인 2는 2009. 7. 13.경 공소외 7과 사실은 공소외 1 주식회사가 형식상의 회사인 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 마치 공소외 1 주식회사가 공소외 87 주식회사에 유상증자 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 분식회계 처리하는 방법으로 회사자금을 빼내기로 공모한 다음 공소외 7에게 지시하여 피고인 2가 업무상 보관하고 있던 회사자금 8억 8,000만 원을 컨설팅비 명목으로 공소외 87 주식회사로 송금한 다음 그 중 2억 4,000만 원을 현금 및 수표로 인출하여 그 무렵 공소외 1 주식회사가 발행하는 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 공소외 9 상호저축은행이 인수할 수 있도록 알선해 준 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 점, ② M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 4,000만 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 7이 공소외 87 주식회사에 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 8억 8,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금을 조성한 후 그 중 일부인 2억 4,000만 원을 신주인수권부사채 인수 알선자인 피고인 5와 피고인 6에게 그 사례금 명목으로 지급한 것이, 비

록 그 자체로 불법이거나 정상적인 회계처리가 불가능한 항목으로서 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용이 아닌 경우에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 영득할 의사가 있었다고 보기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 5의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

##### (1) 공모에 관한 사실오인

공소외 7의 검찰 진술, 피고인 5가 사채인수 관련 알선수재 범행에 가담하였다는 피고인 6의 일부 진술은 자신의 형사처벌을 면하고자 허위 진술한 것이고, 피고인 5가 피고인 6, 공소외 7, 공소외 86이 만나는 자리에 합석한 사실은 있으나 피고인 6과 공모하거나 알선행위에 가담하지는 않았다.

##### (2) 대가성에 관한 사실오인

피고인 5가 공소외 7로부터 대납받은 7,000만 원은 알선행위의 대가로 지급받은 것이 아니다.

##### (3) 추징에 관한 법리오해

알선수재금을 모두 반환한 피고인 5에게 다시 추징을 명하는 것은 이중처벌과 다름이 없으므로 지나치게 가혹하다.

#### 나) 판단

##### (1) 피고인 6과 공모하였는지 여부

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정한 다음과 같은 사정, 즉 ① 공소외 7은 2009. 6.경 피고인 2 및 공소외 8과 함께 상의하여 80억 원 상당의 신주인수권부사채를 발행하기로 계획하고, 위 사채를 인수하여 줄 금융기관을 물색하는 과정에서 그전부터 잘 알고 지내던 피고인 5에게 도움을 요청하였던 사실, ② 피고인 5로부터 위와 같은 사정을 전해들은 피고인 6은 거래관계로 알고 지내던 공소외 9 상호저축은행의 여신담당 공소외 86 부장 등 3개의 저축은행 관계자들에게 위 신주인수권부사채를 인수할 수 있는지 여부를 문의하였고, 공소외 86으로부터 공소외 1 주식회사의 회사상태나 사채인수조건 등에 관한 자료를 요구받은 사실, ③ 피고인 6은 피고인 5에게 공소외 86의 자료요청 사실을 알리면서 공소외 86의 이메일주소를 알려주었고, 피고인 5는 공소외 7에게 공소외 86의 이메일주소를 알려주면서 사채인수조건 등에 관한 자료를 보내라고 한 사실, ④ 공소외 7로부터 공소외 86이 자료를 받았다는 말을 들은 피고인 6은 그 자료에 대하여 설명하여 줄 피고인 5와 함께 직접 공소외 86을 찾아가서 공소외 86에게 그 자료에 대하여 설명하여 주었고, 공소외 86은 위 피고인들에게 공소외 1 주식회사의 관계자도 직접 만나보자고 이야기한 사실, ⑤ 피고인 5가 공소외 86의 위와 같은 제안을 공소외 7에게 말하여 2009. 6. 중순경 피고인 5, 피고인 6 및 공소외 7, 공소외 86이 서울 강남구 삼성동에 있는 공소외 9 상호저축은행 근처의 커피숍에서 만났고, 그 자리에서 공소외 7이 공소외 86에게 사채인수조건에 대하여 설명을 하였으나, 공소외 86은 한번 검토를

해보겠다고만 한 사실, ⑥ 그 직후 피고인 6은 공소외 7을 데리고 공소외 90 저축은행과 공소외 91 저축은행을 방문하여 그곳의 담당자들과 사채인수에 관한 이야기를 나누었고, 피고인 5도 공소외 7에게 공소외 92 저축은행의 관계자의 이메일주소를 알려주면서 한 번 연락해보라고 하였던 사실, ⑦ 그 이후 공소외 7은 피고인 6과 2회 정도 더 공소외 86과 만나서 사채인수에 관한 조건에 대하여 협상을 하여 최종적으로 공소외 9 상호저축은행이 위 사채를 인수하기로 한 사실, ⑧ 한편, 공소외 7은 당초 피고인 5에게 사채인수에 관한 도움을 요청하면서 그 대가로 공소외 5 주식회사가 우회상장할 회사의 3억 원 상당의 주식 또는 신주인수권을 인수할 기회(주가상승에 따른 시세차익을 얻을 수 있음), 속칭 룸을 주겠다고 제의하였고, 그 후 실제로 피고인 5에게 1억 원 상당의 공소외 74 주식회사 주식을 매수할 기회를 주었던 사실( 피고인 5는 피고인 6이 공소외 74 주식회사 주식 매수를 포기하자 자신이 매수하거나 자신의 고객에게 매수를 권유하기도 하였다), ⑧ 피고인 6은 공소외 7로부터 사채인수에 도움을 준 대가로 1억 7,000원을 지급받았고, 피고인 5도 피고인 6이 공소외 7로부터 대가로 받은 1억 7,000만 원 중 7,000만 원(실제는 피고인 6의 돈 1,000만 원을 합한 8,000만 원)을 단순히 수령한 사실에다가, 이 사건 각 증거에 의하여 당심에서 추가로 드는 다음과 같은 사정, 즉 ⑨ 피고인 5는 애초에 공소외 7과 사이에 3억 원가량 투자할 수 있는 기회인 룸을 피고인 6과 함께 2:1로 나누어 사채인수 수수료 명목으로 받기로 하고 별도의 사례금은 받지 않기로 약정이 되어 있었다가, 피고인 6이 공소외 7로부터 사채인수 알선 대가로 1억 8천만 원을 받기로 한 사실을 알게 되자 바로 피고인 6에게 연락하여 피고인 6과 사이에 이미 수령한 금원은 피고인 6이, 아직 수령하지 못한 8,000만 원은 피고인 5가 나눠 갖기로 합의한 점 등을 종합하여 보면, 원심이 적법하게 판단한 바와 같이 피고인 5와 피고인 6 사이에 그 알선과 관련하여 금품을 수수하기로 하는 공모관계가 성립하고 피고인 5가 피고인 6의 알선수재 범행에 가담한 사실이 충분히 인정되므로, 피고인 5의 이 부분 주장은 받아들이지 아니한다.

(2) 알선 대가로 주식매수대금 7,000만 원을 대납받은 것인지 여부

이 부분은 피고인 5의 항소이유 주장과 함께 피고인 6에 대하여는 직권으로 판단한다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 주식매매대금 7,000만 원 대납부분은 공소외 7이 개인 자금으로 대납하고 나중에 공소외 1 주식회사 자금으로 충당하였고, 대납시에도 피고인 5는 공소외 1 주식회사 자금이거나 수수료인 줄 전혀 몰랐던 점(당시까지만 해도 피고인 5는 공소외 7에게 수수료를 받지 않는다고 말했고 대신 룸 3억 원을 받는 것으로만 알고 있었다.

- ), ② 공소외 7은 원심 법정에서, 7,000만 원의 주식인수대금을 대납하면서 피고인 5에게 '차용증도 없이 3,000만 원을 빌려주고 잘못된 주식정보를 주어 손해를 보았는데도 원망하지 않아 고맙다'라고 말하였다고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ③ 또 공소외 7은 ' 피고인 5한테는 실질적으로 7,000만 원을 지급하였는데 제가 피고인 5에게 수수료라 이야기하고 지급하지는 않았다', '그러니까 피고인 5에게는 개인적인 금전관계도 있고 하여 처음부터 수수료로 지급한 형태는 아니었다'고 진술한 점(공판기록 1473쪽), ④ 피고인 5, 공소외 7의 진술은 두 사람 사이의 친분관계가 돈독했고 피고인 5가 공소외 7로 인하여 수억 원의 손해를 입었다는 부분에 관하여는 처음부터 일치하고 있는 점, ⑤ 이 사건 알선행위에 있어서 피고인 6보다 실제 행한 역할이 작은 피고인 5가 더 많은 금원을 수령했다는 것은 일반 상식에 반하는 점, ⑥ ㉠2009. 7. 13. 공소외 1 주식회사에서 공소외 87 주식회사의 국민은행 계좌( 계좌번호 2 생략 )로 6억 원이 입금되었으나(한편, 2,000만 원은 6월경 공소외 87 주식회사의 다른 계좌로 입금되었다.

- ), 위 계좌에서 같은 해 7. 15. 공소외 9 상호저축은행 워런트 매입대금으로 4.8억 원이 에스크로우 예치되고, 같은 날 5,000만 원이 현금 출금되고 같은 날 3,000만 원이 공소외 89 통장으로 이체 후 출금되어 합계 8,000만 원이 그 무렵 피고인 6에게 전달된 돈으로 보이는 점, ㉠ 그 후 같은 해 8. 6. 공소외 93통장에서 7,500만 원이 출금되어(그 중 500만 원은 공소외 7의 처 공소외 94가 송금한 것이다.
- ) 그 무렵 피고인 6에게 전달된 것으로 보이고, 그 후 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 50억 원 인수 후 자금의 여유가 생기자 공소외 1 주식회사에서 같은 해 8. 31. 공소외 87 주식회사의 위 국민은행계좌로 2.6억 원이 입금된 점(수사기록 369쪽 이하), ㉡ 한편, 같은 해 7. 13. 공소외 89 명의로 공소외 95 주식회사계좌로 1억 원이 송금되었는데, 공소외 96의 진술서(수사기록 482쪽)에 따르면, 이는 공소외 96이 공소외 7의 부탁으로 공소외 89 명의 계좌를 통해 투웰브 구주매입자금 피고인 5 배정분 1억 원을 보낸 것이고 이를 보내고 나온 구주는 피고인 5에게 주었으므로 위 1억 원 중 7,000만 원이 대납된 것으로 보이는 점, ㉢ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 공소외 1 주식회사에서 돈이 나오기 전에 제가 개인 돈으로 7,000만 원을 보태어 피고인 5와 관련된 주식 매수대금으로 납입하였다'고 진술한 점(공판기록 1518쪽) 등의 제반 사정에 따르면, 공소외 7은 당시 공소외 87 주식회사 계좌에 충분한 자금(6억 원)이 있었음에도 불구하고, 위 자금으로 위 7,000만 원을 대납하지 않고 공소외 7 자신의 개인 자금으로 대납한 것으로 보이는바 만일 수수료 대가로 대납한 것이라면 굳이 그렇게 할 필요가 없었던 점, ㉣ 이와 같은 정황은 애초에 피고인 5가 공소외 7이 수수료와 관계없이 호의로 대납해준 것처럼 진술한 부분, 즉 ㉤ 피고인 5가 검찰 1회 피의자신문에서부터 위 주식 대납금 부분에 관하여는 대체로 일관되게, 예전부터 공소외 7과는 주식을 하면서 주식 종목을 추천해주든가 아니면 주식 시황 등을 알려주고, 공소외 7이 소개해 준 주식에 투자를 하여 많은 손해를 보기도 한 적이 있어, 신주인수권부사채 이야기가 있기 전부터 공소외 7이 계속해서 말해 왔던 것으로 신주인수권부사채와 관련된 돈이 아니라 친분관계로 받은 돈이었다고 진술한 부분(수사기록 875, 877, 879쪽) 및 ㉥ 피고인 5가 원심 법정에서, 공소외 7이 수사가 거의 끝나갈 무렵에 연락이 와서 '너에게는 개인적으로 돈을 주는 척했지만 사실은 컨설팅비로 회사에서 받은 돈이라서 메워 넣어야 되는데 돈이 없으니 돈을 돌려달라'고 하였다는 부분(공판기록 2144쪽)과 부합하는 점, ㉦ 피고인 6은 검찰에서, ' 피고인 5가 " 공소외 7에게 빌려준 돈이 있는데 그것을 포함해서 주식 1억 원을 받기로 했다'고 이야기해서 피고인 5가 공소외 7로부터 별도의 주식을 받기로 했다는 사실을 알게 되었다', '제 추측으로 공소외 7과 피고인 5가 친분관계가 있어 그렇게 취득을 하지 않았나 싶다'고 진술하고(수사기록 911쪽), 원심 법정에서, ' 피고인 5가 1억 원정도 투자할 기회를 받을 것이다', '거기서 수익을 얻을 수 있을 것이라고 하였기에 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받게 된 것이다'고 진술하였는바(공판기록 1012쪽), 피고인 6의 위 진술에 의하더라도 피고인 6은 피고인 5가 1억 원을 투자할 기회가 아닌 1억 원 상당의 주식을 받기로 한 사실을 알고 있었고, 그 대가가 수수료가 아닌 친분관계로 알았기에 1억 8,000만 원을 두 사람 사이에서 나눌 때에도 1억 원을 공제하지 않고 다만 1억 원을 투자할 수 있는 기회만을 고려하여 피고인 5가 2,000만 원을 덜 받는 것으로 합의한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 공소외 7이 이와 같은 자신의 자금 지출에 대하여 나중에 공소외 87 주식회사의 계좌에서 인출한 돈으로 충당한 정황만으로 공소외 7이 피고인 5를 대신하여 지급한 7,000만 원을 알선행위의 대가로 추정하기는 어렵고, 설령 알선행위의 대가로 본다고 하더라도 그에 대한 피고인 5의 범의를 인정하기 어렵다.
- 따라서 위 대납분 7,000만 원을 알선행위의 대가로 보아 이 부분을 유죄로 인정한 원심은 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 할 것이다.



그러므로 피고인 5의 위 주장은 이유 있어 이 부분에 관하여는 파기사유가 있고, 피고인 6에 관하여는 직권으로 파기할 사유가 있다.

(3) 추징에 관한 법리오해 주장에 대하여

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제10조 제2항, 제3항 규정에 의한 필요적 몰수 또는 추징은 알선수재죄 등을 범한 자가 취득한 당해 재산을 그로부터 박탈하여 그로 하여금 부정한 이익을 보유하지 못하게 함에 그 목적이 있는 것인바, 받은 금품 기타 이익을 금품 기타 이익의 제공자에게 그대로 반환한 경우에는 이를 수재자로부터 추징할 수 없다.

그러나 금융기관의 임직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 수수한 금품을 소비하거나 예금한 후 그 상당액을 금품제공자에게 반환하였다면 그 소비행위나 예금행위는 수수한 금품의 처분행위에 해당하므로 그 후 수재자가 같은 액수의 돈을 금품 제공자에게 반환하였다 하더라도 이를 수수한 금품 그 자체의 반환으로 볼 수 없다.

이 사건의 경우 피고인 5, 피고인 6이 공소외 1 주식회사에 반환한 것은 2010. 4. 9.자 1억 원 수표 및 2010. 3. 10.자 7,000만 원 수표(수사기록 1273, 1951쪽)로서 알선수재한 금품 그 자체가 아님이 명백하므로, 피고인 5의 주장은 받아들일 수 없다.

차. 피고인 2의 공소외 1 주식회사 자금 2억 원을 금융기관의 임직원에 대한 신주인수권부사채 인수 사례금 명목으로 사용함으로써 인한 업무상횡령 및 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재)과 피고인 4의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(수재) 부분에 대한 판단

1) 공소사실 요지

피고인 4는 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 부장으로 근무하면서 기업체들이 신주 또는 사채를 발행하려고 하는 경우 그에 관한 자문업무, 신주 또는 사채발행에 대한 주선행업, 공소외 11 주식회사가 사채를 직접 인수하는 경우 그에 관한 인수업무를 담당하였다.

피고인 4는 2009. 7.경 코스닥 상장법인인 공소외 1 주식회사 사외이사 공소외 8로부터 공소외 1 주식회사에서 발행 예정인 신주인수권부사채 50억 원을 인수해주면 사례비를 주겠다는 제안을 받고 자신이 근무하는 공소외 11 주식회사가 위 신주인수권부사채를 인수하여 주기로 하였고, 그 이후 실제로 공소외 11 주식회사가 2009. 8. 28. 공소외 1 주식회사가 발행하는 신주인수권부사채 50억 원을 인수하였으며, 피고인 4는 2009. 8. 31. 서울 강남구 논현동에 있는 ○ 커피숍에서 지인이던 공소외 14를 통해 2억 원을 공소외 8로부터 교부받음으로써 금융기관의 임직원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다.

피고인 2는 위와 같이 피고인 4에게 사례금으로 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금을 지급하기로 공소외 8과 공모하여 2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 회장실에서, 사실은 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사(2009. 5. 19. 그 상호를 공소외 98 주식회사로 변경하였다.

이하 '공소외 97 주식회사'라 한다)에 컨설팅을 의뢰한 사실이 없음에도 불구하고, 공소외 8에게 마치 피해자 공소외 1 주식회사가 공소외 97 주식회사에 컨설팅을 의뢰하고 컨설팅비를 지급한 것처럼 회계장부를 허위로 작성하게 한 다음, 업무상 보관하고 있던 피해자 공소외 1 주식회사의 회사자금 2억 원을 공소외 11 주식회사의 인수주선팀 팀장인 피고인 4에게 사례금 명목으로 지급하여 이를 횡령하였다.

## 2) 피고인 2의 항소이유에 대한 판단

### 가) 항소이유 요지

#### (1) 횡령 및 증재의 공모에 관한 사실오인

공소외 8이 2009. 8. 초순경 공소외 1 주식회사의 경영을 완전히 장악한 상태에서 공소외 8 스스로의 판단에 의하여 피고인 4에게 공소외 1 주식회사 신주인수권부사채를 매입해 준 대가 명목으로 지급한 것으로서 이에 대한 구체적 사정에 관하여 피고인 2에게 알리지 않았으므로 피고인 2는 이 부분 횡령 및 증재 공소사실에 가담한 사실이 없다. 이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 8의 검찰 진술은 5억 5,000만 원의 용처에 관한 답변에서 언급된 금액을 모두 합하면 6억 원이므로 앞뒤가 맞지 않고, 공소외 26의 진술은 검찰에서는 피고인 2에게 보고하고 승인을 얻었다고 하였다가 재차 검사가 질문하자 추측이라고 진술하고 원심 법정에서는 오너 3명이 합의했다는 정도로 유보하는 태도를 취하는 등 일관되지 아니하여 믿을 수 없다.

#### (2) 횡령죄의 불법영득의사에 관한 사실오인

공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채 발행이라는 사업목적을 위한 사례금 명목 지급이고 그 행위가 업계 관행상 통상적으로 이루어지기 마련이라는 인식하에 행한 것이지 회사와 상관없이 개인적 이익을 취하기 위한 행위가 아니다.

### 나) 판단

#### (1) 횡령 및 증재의 공모 여부에 대한 판단

이 사건 각 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 이 부분 범행을 공동으로 저지른 공소외 8이 검찰 조사시 '피고인 4에게 공소외 11 주식회사가 공소외 1 주식회사의 신주인수권부사채를 인수해 주면 5%가량을 수고비 조로 주기로 약속한 후 피고인 2에게 "담당자에게 2억 원을 줘야 할 것 같다"고 보고를 하고 피고인 2의 승낙을 받아 자금을 집행하게 된 것이다', '그렇게 가외비용이 지출된다는 것은 증권시장의 일종의 관행이라는 것은 피고인 2도 알고 있었기 때문에 그대로 승낙을 해 준 것이다'라고 진술하는 등 수사기관 이래 일관하여 피고인 2로부터 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령을 지시받거나 협의하였다고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 진술자의 이 법원 내지 수사기관에서의 진술도 대체로 그에 부합하는 등 공소외 8의 진술을 충분히 믿을 수 있는 점, ② 위 횡령금이 지출된 공소외 1 주식회사의 은행통장 및 도장은 피고인 2가 관리하고 있었고, 피고인 2는 공소외 1 주식회사 회사자금의 주요한 사용내역에 대하여 보고를 받고 있었던 것으로 보이는 점, ③ 공소외 1 주식회사의 회사자금을 마련하기 위한 신주인수권부사채의 발행과 관련하여 그 횡령금이 사용되었고, 그 후 실제로 신주인수권부사채의 발행과정에서 피고인 2가 사실상 운영한 공소외 22 주식회사가 위 사채에 연대보증하고, 나아가 그 소유의 공소외 1 주식회사 주식도 담보로 제공되기도 하였던 점, ④ 피고인 2는 자신이 이미 공소외 8에 의하여 공소외 1 주식회사에서 방출된 후인 2009. 8. 말 공소외 8이 사례금을 집행하였으므로 자신과는 무관하다고 주장하나, 공소외 8이 공소외

14를 통하여 피고인 4에게 사채인수를 부탁한 시점은 공소외 14의 검찰 진술에 따르면 2009. 7.경(수사기록 330, 1012쪽)으로 피고인 2와 공소외 8 사이에 분쟁이 생기기 이전이고, 공모에 주도적으로 참여한 공모자인 피고인 2로서는 공모관계에서 이탈하여 공동정범으로 책임을 지지 않기 위하여는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한, 단지 경영권에서 배제되어 회사에서 나왔다는 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없는 점( 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010도9927 판결 참조), ⑤ 공소외 8은 검찰에서, 공소외 1 주식회사에서 50억 원의 신주인수권부사채를 발행하기 위하여 그 한 달 전 쯤부터 여기저기 신주인수권부사채 인수자를 찾아다녔고 공소외 11 주식회사의 피고인 4와도 제가 거의 한 달 가량 협의를 하였는데 그 과정에서 피고인 2에게 대충적인 진행과정을 이야기는 하였고 그러다 피고인 4로부터 공소외 11 주식회사에서 신주인수권부사채를 인수하기로 하였다는 연락을 받은 직후 워런트 2억 5천만 원 재인수, 사례비 2억 원, 부가세 등 제비용을 합쳐 5억 5천만 원을 공소외 97 주식회사를 통하여 집행하겠다고 보고를 하였고 피고인 2가 이에 승낙을 하므로 집행을 하게 된 것이라고 진술한 점(수사기록 198쪽), ⑥ 공소외 14는 원심 법정에서 '2009. 8. 31.경 공소외 1 주식회사 사무실에 종종 갔는데 당시 공소외 1 주식회사 사무실은 공소외 8이 운영하고 있었던 것은 맞나요'라는 질문에 ' 피고인 2가 운영한 것으로 안다'고 진술하였고(공판기록 1305쪽), 공소외 88 작성의 피고인 2의 2009. 8. 27.부터 10. 28.까지의 일정표 사본(수사기록 7463쪽 이하)에 의하면 '8. 28.(금) 11시, 8. 31.(월) 10시 및 3시, 9. 16. 3시 30분'에 ' 공소외 8 부사장'과 미팅이, '9. 22. 12시, 10. 7. 3시, 10. 27. 2시 30분'에 ' 공소외 8 대표'와 미팅이 잡혀 있는 것으로 기재되어 있는바, 50억 원 신주인수권부사채의 인수일이자 공소외 1 주식회사 이사 등의 변경을 위한 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의일인 2009. 8. 28.에도 미팅이 있었던 것으로 보아 적어도 2009. 8. 말까지는 공소외 8이 피고인 2와 만나 보고를 계속했던 것으로 보이는 점, 공소외 26은 검찰에서, ' 공소외 8이나 공소외 7이 스스로 위 자금 집행 결정하고 집행한 것인지 피고인 2의 지시 또는 승낙으로 결정하고 집행한 것인지 어떻게 아는 것인가요'라는 질문에 '그 당시 회사 분위기나 자금집행의 경로를 보면 피고인 2에게 이야기를 하여 승낙을 얻지 않고는 절대로 그런 자금집행이 될 수 없는 구조였기 때문에 그렇게 추정된다'고 진술한 점(수사기록 358쪽) 등을 종합하면, 피고인 2가 공소외 8과 공모하여 공소외 1 주식회사의 회사자금을 횡령하고, 그 횡령금으로 금융기관의 임직원에게 그 직무에 관하여 금품을 교부한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 받아들여지지 아니한다.

## (2) 횡령죄의 불법영득의사 유무에 대한 판단

횡령이 인정되기 위하여는 타인의 재물을 보관하는 자가 권한 없이 그 재물을 자기의 소유인 것 같이 처분하는 의사가 인정되어야 하고, 이는 회사의 비자금을 보관하는 자가 비자금을 사용하는 경우라고 하여 달라지는 것이 아니다.

한편, 비자금 사용에 관하여는 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부를 판단하여야 한다( 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2009. 2. 28. 선고 2007도4784 판결 참조). 또한, 불법영득의사를 실현하는 행위로서의 횡령행위가 있었다는 점은 검사가 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여 입증하여야 하며, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인들에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인들의 이익으로 판단할 수밖에

에 없다( 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도998 판결, 대법원 2008. 8. 21. 선고 2007도9318 판결 등 참조).

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들, 즉 ① 공소외 1 주식회사는 2009년 7월경 신주인수권부사채를 발행하기로 하고, 신주인수권부사채를 인수할 금융기관을 물색하였고, 공소외 11 주식회사가 이를 인수하기로 하자, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 공소외 8은 회사의 실질적 운영자인 피고인 2의 지시를 받아 그에 대한 대가로 공소외 11 주식회사의 인수추진팀 부장인 피고인 4에게 사례금 2억 원을 지급하기로 하였던 점, ② 이를 위하여 공소외 8은 피고인 2의 승낙을 받아 형식상 회사인 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 컨설팅비 명목으로 송금한 후, 공소외 98 주식회사의 법인세와 부가가치세 납부를 위하여 필요한 1억 원을 제외한 나머지 4억 5,000만 원 중, 2억 5,000만 원은 공소외 11 주식회사와의 이면계약에 따라 신주인수권부사채에 붙은 신주인수권 60%의 양수대금으로 공소외 11 주식회사 측에 이를 지급하고, 2억 원은 공소외 11 주식회사의 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 피고인 4에게 이를 지급하였던 점, ③ M&A시장이나 사채시장에서 자금을 조달하는 경우 그 소개자, 중개자 또는 협력자에게 조달한 자금의 3% 내지 5%를 사례금으로 지급하는 것이 관례라고 인식하는 예가 있는 것으로 보이는 점 등 피고인 2가 위 2억 원을 개인적인 용도로 사용한 것이 아니라고 볼 수 있는 여러 사정에 비추어 볼 때, 피고인 2의 지시로 공소외 8이 공소외 98 주식회사에게 유상증자에 관한 컨설팅을 의뢰하는 것처럼 가장하여 회사자금 5억 5,000만 원을 송금하는 방법으로 비자금 5억 5,000만 원을 조성한 후 그 중 일부인 2억 원을 공소외 11 주식회사의 직원 피고인 4에게 신주인수권부사채 인수에 대한 사례금 명목으로 교부한 것이, 비록 그 자체로 금융기관 임직원에 대한 증자에 해당하여 위법하거나 정상적인 회계처리가 불가능한 회사자금의 사용에 해당한다 하더라도, 그러한 사정만으로 피고인 2에게 그 당시에 교부한 금원을 회사와 상관없이 개인적 이익을 위하여 주관적, 자의적으로 영득할 의사가 있었다고 인정하기 어려워 이에 대하여 업무상 횡령의 죄책을 물을 수는 없다.

따라서 원심이 이와 달리 위 횡령의 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인한 위법이 있다 할 것이므로 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

### 3) 피고인 4의 항소이유에 대한 판단

#### 가) 항소이유 요지

피고인 4가 제1회 피의자신문에서 범행 부인 후 제2회 피의자신문에서 자백한 것은 자수로 볼 수 없다는 원심의 판단은 자수에 관하여 그 범위를 제한적으로 유추적용함으로써 죄형법정주의에 위배되고, 헌법상 평등의 원칙에도 위배된다.

피고인 4는 자수에 관한 착오를 하였고 책임감경사유인 자수의 전제사실에 관한 착오는 형법 제16조를 준용하여야 하며 위 착오는 변호인의 조언에 의한 것이므로 정당한 이유가 있다.

따라서 피고인 4가 자수하였으므로 형이 감경되어야 하는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 5년, 벌금 2억 원, 추징 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

#### 나) 판단

형법 제52조 제1항은 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고 있다.

자수란 범인이 자발적으로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하여 그 소추를 구하는 의사표시를 함으로써 성립하는 것이고, 여기서 신고의 내용이 되는 '자신의 범죄사실'이란 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖춘 객관적 사실을 의미하는 것으로서, 위와 같은 객관적 사실을 자발적으로 수사기관에 신고하여 그 처분에 맡기는 의사표시를 함으로써 자수는 성립하는 것이므로, 수사기관에의 신고가 자발적이라고 하더라도 그 신고의 내용이 자기의 범행을 부인하는 등의 내용으로 자기의 범행으로서 범죄성립요건을 갖추지 아니한 사실일 경우에는 자수는 성립하지 아니하며, 수사과정이 아닌 그 후의 재판과정에서 범행을 시인하였다고 하더라도 새롭게 자수가 성립할 여지는 없고, 수사기관의 직무상의 질문 또는 조사에 응하여 범죄사실을 진술하는 것은 자백일 뿐 자수로는 되지 않는다( 대법원 1999. 9. 21. 선고 99도2443 판결, 대법원 2002. 6. 25. 선고 2002도1893 판결 등 참조).

이 사건 증거들에 의하면, 피고인 4는 수사기관이 실시한 최초 조사에서, 금융기관의 직원인 자신의 업무와 관련하여 금품 수수 제의를 거절하였고, 자신은 공소외 14로부터 2억 원을 상당한 이자를 주기로 하고 차용하였을 뿐이라면서 범행사실을 부인한 사실이 인정되므로, 위 법리에 비추어 위 피고인은 자신의 이 사건 범죄사실에 관하여 자수한 것으로 볼 수는 없다.

설령 피고인 4가 자수하였다고 보더라도 자수한 자에 대하여는 법원이 임의로 형을 감경할 수 있음에 불과한 것이어서 원심판결이 자수감경을 하지 아니하였다고 하여 위법하다고 할 수 없다.

나아가, 피고인 4가 주장하는 사정을 고려한다 하더라도, 공무원에 준하는 공정성과 청렴성이 요구되는 금융기관의 직원의 업무와 관련하여 금품을 수수한 것은 건전한 금융질서의 발전을 저해할 우려가 있는 점, 그 지급받은 금품의 액수 역시 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하기로 하는 법정 기준 최하한인 1억 원의 2배에 달하는 거액인 점 등을 비롯하여 이 사건 범행의 경위 및 그 전후 정황, 피고인 4의 연령, 성행, 환경 등 기록에 나타난 형법 제51조 소정의 양형조건에다가 피고인 4가 받은 형이 작량감경을 한 처단형의 최하한인 점을 두루 고려하면, 원심의 형은 적정하다고 인정되므로, 피고인 4의 주장은 받아들일 수 없다.

카. 피고인 2의 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령) 부분에 대한 판단

1) 피고인 2의 항소이유 요지

공소외 8이 공소외 12 주식회사에서 공소외 99에게 17억 5,000만 원을 대여한 것으로 허위 회계처리한 후 실제로는 위 금원을 피고인 1, 피고인 3에게 대여하였으며 그 과정에서 피고인 2와 상의한 사실은 전혀 없다.

2) 직권판단

피고인 2의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사가 당시에 이르러 당초의 공소사실을 주위적 공소사실로 변경, 유지하면서, 아래 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하고 이 법원이 이를 허가함으로써 피고인 2에 대한 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결은 이 점에서 더 유지될 수 없게 되었

다.

[변경된 공소사실]

가) 주위적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2가 개인적으로 금원을 차용한 피고인 1에게 변제하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 개인적인 차용금의 변제에 임의로 사용하여 이를 횡령하였다.

나) 예비적 공소사실

피고인 2는 2009. 5. 28. 서울 강남구 신사동 (이하 5 생략)에 있는 사무실에서 공소외 13에게 지시하여 업무상 보관중이던 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 중 7억 원을 피고인 2의 이해관계인이면서 차용금의 변제가능성이 없는 피고인 1에게 임의로 대여하고, 2009. 6. 1. 위와 같은 방법으로 피해자 공소외 12 주식회사의 회사자금 10억 5,000만 원을 피고인 1에게 임의로 대여하는 방법으로 임의 사용하여 합계 17억 5,000만 원을 횡령하였다.

3) 주위적 및 예비적 공소사실에 대한 판단

원심판결에 위와 같은 직권파기 사유가 있다 하더라도 피고인 2의 사실오인 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 대하여 살펴본다.

가) 원심의 판단

원심은 이 사건 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 공소외 12 주식회사의 통장 및 도장을 관리하면서 그 계좌에서 횡령금을 인출한 공소외 13은 일관하여 그 인출경위에 대하여 피고인 2의 지시에 따른 것이라고 진술하고 있고, 공소외 37 등 다른 관계자들도 같은 내용으로 진술하고 있고, 공소외 13이 허위의 진술을 할만한 별다른 사정이 없어 그 진술을 충분히 신뢰할 수 있는 점, ② 공소외 12 주식회사는 피고인 2가 주도적 나서서 설립한 회사인 점, ③ 17억 5,000만 원의 횡령과 관련하여 피고인 2가 위 금원을 개인적으로 20억 원을 차용한 피고인 1에게 그 차용금 변제 명목으로 지급한 점( 피고인 2는, 자신이 차용한 20억 원과 별개로 공소외 8이 자신과 협의 없이 피고인 1, 피고인 3에게 17억 5,000만 원을 대여한 것일 뿐이라고 주장하고 있으나, ㉠ 피고인 2는 2009. 5. 21. 피고인 3을 통하여 피고인 1로부터 공소외 1 주식회사 유상증자 대금으로 20억 원을 빌렸고, 그에 대하여 피고인 1에게 2009. 8. 30.까지 위 20억 원을 변제하겠다고 차용증을 작성하여 주었으나, 위 횡령금 이외에 별도로 위 20억 원을 그 변제기일까지 변제한 적이 없는 점, ㉡ 한편, 피고인 2는 위 17억 5,000만 원의 지급과 관련하여 피고인 1, 피고인 3으로부터 대여금액이 7억 원과 10억 5,000만 원인 차용증 2장을 받아두었는데, 그 각 차용증에 기재된 변제기일인 2009. 8. 30. 이후에도 피고인 1, 피고인 3에게 위 17억 5,000만 원을 변제하라고 요구한 적이 없는 사정, ㉢ 피고인 2가 작성하여 준 차용증과 피고인 1, 피고인 3이 작성하여 준 각 차용증 모두 그 변제기일이 2009. 8. 30.로 동일한 사정, ㉣ 피고인 2는 자신이 개인적으로 빌린 20억 원과 위 17억 5,000만 원의 횡령금을 통치면 된다고 말한 적이 있는 사정, ㉤ 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3으로부터 받은 각 차용증을 개인적으로 보관하고 있었고, 그 각

차용증의 채권자란은 공백으로 되어 있었던 사정, ㉠ 공소외 12 주식회사의 회계장부를 정리함에 있어 위 17억 5,000만 원이 피고인 1, 피고인 3에 대한 대여금으로 정상적으로 회계처리가 되지 않았고, 오히려 피고인 2의 측근인 공소외 100이 역시 피고인 2의 측근인 공소외 99에게 부탁하여 허위의 금전소비대차계약을 만들어 허위로 회계처리한 사정 등에 비추어 보면, 피고인 2의 위 주장은 쉽사리 믿기 어렵다), ㉡ 피고인 2에게 회사 운영 등에 관한 자문을 하여준 공소외 29는 2009. 4.경 피고인 2로부터 '자회사에서 자금 30억 원을 빼면 회계적으로 바로 추적이 되는 것은 아니지요.'라는 취지의 질문을 받아 '비상장법인이므로 아무래도 상장사보다는 바로 추적되지는 않겠지요.'라고 대답하였다는 취지로 진술하고 있는 점 등을 종합하여, 피고인 2가 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원을 횡령한 사실을 인정할 수 있다고 판단하였다.

#### 나) 당심의 판단

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않은 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다( 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 참조).

위 주위적 및 예비적 공소사실을 유죄로 인정하기 위하여는 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출 당시 피고인 2가 이를 지시하는 등 관여하였다는 점이 인정되어야 하는바, 피고인 2는 수사기관 이래 당심에 이르기까지 공소외 12 주식회사의 회사자금 17억 5,000만 원 인출에 관하여 지시한 바 없다고 일관되게 진술하고 있다.

이 부분 주위적 및 예비적 공소사실에 부합하는 직접증거로는 공소외 13과 공소외 8의 진술이 있는바, 기록에 의하여 인정되는 다음의 각 사정에 비추어 볼 때, 공소외 8이 피고인 1의 요구에 의하여 피고인 1에게 공소외 12 주식회사 회사자금 17억 5,000만 원을 대여하였고 피고인 2는 사후에 그 사실을 알게 된 것일 수도 있다는 합리적 의심을 배제하기 어려우므로, 공소외 13, 공소외 8의 진술만으로는 위 공소사실 부분을 인정하기 어렵고, 달리 합리적인 의심 없이 위 주위적 및 예비적 공소사실 기재 일시에 피고인 2가 횡령하였다는 점을 인정할 증거가 없다.

① 공소외 26은 원심 법정에서, 제가 검찰 조사 가기 전 압수수색 나오고 일이 터진 이후에 제가 공소외 13에게 17억 5,000만 원에 관하여 어떻게 된 것인지 물어보았는데 공소외 13은 ' 공소외 8이 이야기해서 이것을 어디에서 빼서 피고인 1 측 누구에게 전달하였고, 일부는 공소외 99를 통해서 자금을 전달하였다'는 이야기를 하였다고 진술하였는데(공판기록 1347쪽), 공소외 13도 원심 법정에서, 공소외 26에게 위와 같은 이야기를 한 것은 사실이라고 진술하였다.

② 다만, 공소외 13은 원심 법정에서, 위와 같은 이야기를 한 것은 착각이었다고 하면서 공소외 8 지시가 있고 5분 후 피고인 2의 지시가 있었다고 정정 진술하였으나, 공소외 13은 검찰에서, 5. 28. 당일 아침에 피고인 2가 '7억 원을 출금해서 공소외 8에게 갖다줘라'고 해서 공소외 8과 연락을 취한 다음 삼성동 현대백화점 부근 커피숍에서 만났는데 공소외 45 사장이 같이 있었다고 진술하였는바(수사기록 9869쪽), 검찰에서의 위 진술은 공소외 8보다 먼저 피고인 2의 지시가 있었다는 취지이므로 여전히 원심 법정에서의 진술과 부합하지 않는다.

- ③ 공소외 13은 원심 법정에서, '2009. 12. 2. 피고인 2와 전화통화하였을 당시 피고인 2가 저에게 "17억 5천, 내가 왜 나가냐고 너 내가 불러 가지고 왜, 왜 이 돈이 나가냐고 내가 막 난리쳤잖아? 누구보다 니가 기억할 거 아니야?"라고 묻자 제가 "그렇죠, 예, 그래서 제가 '잘 모르겠습니다'라고 답변을 한 것 같아요"라고 답변한 사실이 있다'고 진술하였다.
- ④ 공소외 13은 공소외 8의 권유로 공소외 1 주식회사에 입사하게 되었고 그 이전에도 다른 회사에서 1년 정도 일을 같이 한 바 있었고, 현재도 공소외 8이 대표이사로 있는 공소외 1 주식회사에서 여전히 근무하고 있는데, 공소외 13은 원심 법정에서, 출근 당시 기준으로 보았을 때 공소외 26은 공소외 7의 사람, 공소외 100과 공소외 101은 피고인 2의 사람, 자신은 공소외 8의 사람이라고 보면 된다는 취지로 진술하였고(공판기록 1683쪽), 공소외 8은 당심 법정에서, 공소외 13은 공소외 8이 공소외 1 주식회사 대표이사로 재직 중이던 2010. 4. 7. 공소외 8의 추천으로 사내이사로 취임하였고 현재도 이사로 재직 중이라고 진술하였다.
- ⑤ 공소외 8은 검찰 최초 조사단계에서, 공소외 12 주식회사의 자금 중 약 17억 원을 피고인 1 요청으로 대여해주었는데, 2회에 걸쳐 피고인 1이 지정하는 2인에게 대여해 주었으며 금원의 책임은 피고인 1이 지기로 하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5200, 5206쪽).
- ⑥ 공소외 7은 검찰 최초 조사단계에서, 피고인 1의 요구라며 공소외 8이 여러 차례에 의해 17억 5,000만 원 대여(회계처리상 공소외 99 대여)하였다는 취지의 진술서를 제출하였는데, 위 진술서상 어디에도 위 대여가 피고인 2의 지시에 의한 것이라는 취지의 진술기재는 없다(수사기록 5520쪽).
- ⑦ 공소외 7은 원심 법정에서, ' 피고인 2에게서 전화가 와서 "100억에서 82억을 인정했다고 보았을 때 18억을 돌려주지 않았는데 공소외 8이 전화가 와서 17억 5천만 원을 또 빌려달라고 한다, 네가 좀 말려봐라"고 하여 제가 공소외 8에게 "그러면 안된다. 우리 회사 자금도 없고 18억도 돌려주지 않았는데 추가로 어떻게 나가냐, 형이 좀 말려봐라"고 하였고, 그 이후에 17억 5천만 원이 지급되었는데, 저와 피고인 2, 공소외 8이 있는 자리에서 상환하겠다는 차용증을 받아오라고 공소외 8에게 몇 번이나 이야기한 기억이 있는데 나중에 공소외 8이 차용증을 받아왔다'는 취지로 진술하였다(공판기록 1570, 1571쪽).
- ⑧ 공소외 23은 원심 법정에서, ' 공소외 13이 17억 5천만 원의 차용서류를 갖고 왔을 때 피고인 1이 "이걸로 상계처리하는 형태로 취하기는 하는데 차용증 형태로 가져온 것에 사인을 해줘라", "17.5억 원도 8. 1.에 똑같이 상환하는 날짜로 맞추고 이자율도 똑같이 연 5%로 맞춰라"고 해서 동일조건하에 동일 날짜로 작성하게 되었다'고 진술하였는데, 그 진술이 매우 구체적이고 실감 있어 신빙성이 있어 보인다(공판기록 1065쪽).
- ⑨ 공소외 13은 17억 5천만 원의 차용증은 자신이 받아오지 않았다고 하면서 피고인 2에게 위 차용증을 갖다준 적도 없다는 취지로 진술하였으나, 이는 공소외 13이 위 차용증을 가져와 작성해 주었다는 공소외 23의 진술과 부합하지 않고, 차용증을 받아오는 과정에 있어서 중간에 공소외 13이 실무작업을 하였다는 공소외 8의 당심 법정 진술과도 부합하지 않는다.



- ⑩ 원심 재판 중 피고인 2가 피고인 1, 피고인 3과 합의한 후 작성한 합의서에 '2009. 5. 21. 피고인 3으로부터 차용한 20억 원과 관련하여 피고인 3은 피고인 2로부터 10억 원을 지급받고 향후 피고인 2에 대하여 위 차용금채무와 관련한 일체의 민·형사상 책임을 묻지 않기로 합의한다'고 기재되어 있다(수사기록 2251쪽).
- ⑪ 피고인 3은 원심 법정에서, 2009. 6. 중순에 피고인 2가 공소외 8이 17억 5,000만 원을 갓다줬다고 펄쩍 뛰면서 '이 친구들이 이런 식으로 일을 하면 나중에 문제가 된다'고 말하는 것을 들었다고 진술하였다(공판기록 1045쪽).
- ⑫ 피고인 3은 당심 법정에서, 원심에서 재판 끝나고 나가면서 피고인 2가 피고인 3에게 '17억 5,000만 원과 20억 원은 완전히 다른 것이 아니냐'고 하자, 피고인 3이 '그럼 너는 20억 원을 언제 줄 건데, 그거 주면 해결되잖아'라고 말한 사실이 있다고 진술하였다.
- ⑬ 검찰 압수수색 과정에서 현출된 것으로, 공소외 1 주식회사 대표이사 공소외 26, 부사장 공소외 100, 부장 공소외 37 등이 2009. 상반기 회계감사 준비를 위해 협의한 내용으로 보이는 ' 피고인 1 대표와 논의할 핵심사안'(수사기록 7219쪽)에는 '추가대여 17억 5천 공소외 12 주식회사 → 피고인 1 대표님', '차입 20억 원 피고인 1 대표님 → 피고인 2 회장님'으로 기재되어 있다.
- ⑭ 공소외 26은 원심 법정에서, 피고인 2는 17억 5,000만 원의 인출 사실을 뒤늦게 알고 이를 계기로 공소외 1 주식회사 회사자금 횡령과 관련된 자들을 고발하려고 고발장까지 준비하였던 사실을 알고 있다고 진술하였다(공판기록 1347쪽).
- ⑮ 17억 5,000만 원을 지급할 당시 공소외 12 주식회사의 자금사정은 20억 원을 충분히 지급할 수 있었던 상황으로 보이는데, 피고인 2가 이를 변제할 생각이었다면 굳이 일부인 17억 5,000만 원만을 변제하였을 리는 없었고, 피고인 1도 위와 같이 받은 17억 5,000만 원을 위 20억 원을 빌린 공소외 102 주식회사에 변제한 것이 아니라 공소외 45 등에 대한 개인채무 변제 등으로 사용하였던 점으로 보아 위 17억 5,000만 원이 대여금 20억 원의 변제금인지에 관하여 합리적인 의심이 든다.

공소외 100은 2009. 7. 공소외 1 주식회사가 반기 회계검토를 받아야 하는 상황이고 그 일을 경험해본 사람이 없어 공소외 8 대표의 요청으로 도와주게 되었다고 진술하고(증 제27호증 사실확인서), 또 검찰에서, 공소외 1 주식회사의 반기 회계감사를 앞둔 시점에 공소외 8 대표와 함께 부족한 회사자금에 대해 대비를 해야 한다는 논의를 하다가, 제가 공소외 8에게 공소외 1 주식회사의 부족한 자금에 대해서는 금전소비대차계약서를 가짜로라도 만들어 대비할 필요성이 있다고 하자, 공소외 8이 공소외 99에게 명의자로 해달라는 부탁을 해보라고 하여 공소외 99에게 이야기를 하였는데 공소외 99가 2,000만 원을 달라고 하여 공소외 8에게 가 이야기를 하니 공소외 8이 없던 일로 하자고 하였다고 진술하였다(수사기록 11018쪽).

공소외 8은 당심 법정에서, 2009. 8. 초 공소외 1 주식회사에 대한 반기 회계감사 직전에 공소외 100이 이야기하여 17억 5천만 원을 공소외 99 대여로 회계처리한 사실을 인지하게 되었고, 반기 회계감사와 관련해서 공소외 100이 자신에게 많은 상의를 하려고 하였고, 능동적인 역할을 해 달라는 부탁을 받았다고 진술하였고, 또 2009. 6. 내지 7.경 피고인 1로부터 1억 3,000만 원을 개인적으로 빌린 사실이 있다고 진술하였으며, 공소외 8 자신도 공소외 22 주식회사

의 피고인 1, 피고인 3에 대한 20억 원 채무에 대한 연대보증채무자로서 17억 5,000만 원 중 7억 원을 공소외 45에게 전달할 때 대여로 알았다고 진술하였다.

공소외 99는 검찰에서, 2009. 8. 초순경 공소외 100이 와서 '공소외 8 대표이사가 부탁을 하는데 특수관계인에 대한 대여금이 너무 많아 우리 회사 돈 17억 5,000만 원을 빌려간 것처럼 해달라'는 부탁을 하여 동의를 하고 17억 5,000만 원을 공소외 12 주식회사에서 단기대여금 명목으로 차용하는 금전소비대차계약을 작성하여 주고, 그 자리에서 바로 위 금원을 모두 갚았다는 공소외 12 주식회사 대표이사 공소외 26 명의의 확인서를 받았다고 진술하였다.

공소외 13은 검찰에서, 17억 5천만 원은 공소외 1 주식회사 반기 회계감사를 앞둔 2009. 8. 초순경 당시 공소외 100 이사가 '가라' 증빙서류를 만들어서 회계감사에 대비해야겠다고 하면서 공소외 99 이사에게 말을 해놓았으니 필요한 서류를 만들어오라고 지시하였다고 진술하면서, '그 당시 공소외 100 외에 지시한 사람은 없는가요'라는 질문에 '다른 사람에 대해서는 기억이 없다'고 진술하였다(수사기록 9026쪽).

공소외 37은 원심 법정에서, 17억 5,000만 원의 집행이나 회계처리 관련해서 피고인 2가 결재를 하거나 지시를 하거나 보고받은 적이 없다고 진술하였다.

공소외 29는 피고인 2가 자신에게 '자회사에서 자금을 빼면 회계적으로 추적되는 것은 아니지요'라는 취지로 물어본 적은 있으나 피고인 2가 30억이라고 구체적으로 액수를 이야기하지는 않았다고 진술하였는바(공판기록 1831, 1832쪽), 위 사실만 가지고 피고인 2에게 17억 5,000만 원의 횡령 범의가 있었다고 보기에는 부족하다.

따라서 이 부분 주위적 및 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다 할 것임에도, 원심이 이와 달리 위 공소사실 부분을 유죄로 인정한 것에는 사실을 오인하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이므로, 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 있다.

타. 피고인 9의 범인도피 부분(이유무죄)에 대한 판단

#### 1) 공소사실 요지

피고인 9는 원심 판시 범죄사실 제7항 기재 일시 장소에서, 사실은 피고인 1이 공소외 1 주식회사, 공소외 3 주식회사의 회사자금을 횡령하였다는 등 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 사실로 검찰수사를 받는 과정에서 도피하려 한다는 사실을 알면서도, 피고인 1의 은신처를 수시로 드나들면서 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 운영에 관한 지침 등을 전달받고 공소외 3 주식회사의 임원진에게 전달하거나 피고인 1을 대리하여 공소외 3 주식회사의 회사 경영에 관한 업무를 처리해 줌으로써 범인을 도피하게 하였다.

#### 2) 검사의 항소이유 요지

피고인 9의 행위는 단순히 경영권을 넘겨받은 자로서 회사 운영을 위해 행한 것이라고 보기에는 그 범위를 넘어서 피고인 1이 안심하고 도피 생활을 할 수 있도록 하는 것이 그 주목적이므로 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다.

### 3) 당심의 판단

형법 제151조 소정의 범인도피죄에서 '도피하게 하는 행위'는 은닉 이외의 방법으로 범인에 대한 수사, 재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 일체의 행위를 말하는 것으로서 그 수단과 방법에는 어떠한 제한이 없고, 또한 위 죄는 위험범으로서 현실적으로 형사사법의 작용을 방해하는 결과가 초래될 것이 요구되지 아니하지만, 같은 조에 함께 규정되어 있는 은닉행위에 비견될 정도로 수사기관의 발견·체포를 곤란하게 하는 행위 즉, 직접 범인을 도피시키는 행위 또는 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위에 한정된다고 해석함이 상당하고, 그 자체로는 도피시키는 것을 직접적인 목적으로 하였다고 보기 어려운 어떤 행위의 결과 간접적으로 범인이 안심하고 도피할 수 있게 한 경우까지 포함되는 것은 아니다( 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007도11137 판결 등 참조).

위 법리에 비추어 보면, 피고인 9가 이 부분 공소사실과 같은 행위만으로 직접 범인을 도피시키거나 도피를 직접적으로 용이하게 하는 행위를 하였다고 볼 수 없다고 판단한 것은 정당하고, 범인도피죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 검사의 주장은 이유 없다.

### 파. 양형부당 주장에 대한 판단

#### 1) 피고인 7, 피고인 8 및 검사의 항소이유 요지

위 피고인들에 대한 원심의 형( 피고인 7: 징역 1년 6월, 집행유예 3년, 사회봉사 80시간, 추징 1억 4천만 원, 피고인 8: 징역 1년 6월, 집행유예 2년, 사회봉사 40시간, 추징 1억 4천만 원)은 너무 무겁거나 가벼워서 부당하다.

#### 2) 피고인 9에 대한 검사의 항소이유 요지

위 피고인에 대한 원심의 형(벌금 500만 원)은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 3) 판단

##### 가) 피고인 7

피고인 7의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 것으로 그 죄질이 불량한 점, 증권거래법위반으로 재판받고 있는 중에 또다시 유사한 범행을 저질렀고, 그 후 위 증권거래법위반죄가 징역 1년 6월에 집행유예 3년으로 확정된 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 7이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 너무 무겁다거나 또는 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인 및 검사의 주장 모두 이유 없다.

나) 피고인 8

피고인 8의 이 사건 범행은 공소외 1 주식회사의 주가관리와 관련한 부정한 청탁을 들어준 대가로 거액의 돈을 수령한 이 사건 범행의 죄질이 불량한 점 등 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 피고인 8을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 8은 당심에 이르러 깊이 뉘우치고 있고 아무런 형사처벌 전력이 없는 점, 피고인 8이 수재액 중 일부를 그에게 사무를 위임한 본인들을 위하여 사용한 점, 위 피고인이 그들에게 사무를 위임한 본인들 중 상당수에 부정한 청탁으로 인한 손해를 배상하였고, 그에 따라서 상당수의 본인도 위 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 위 피고인의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 위 피고인에 대한 형의 양정이 무거워서 부당하다고 인정된다.

그렇다면, 양형부당에 관한 위 피고인의 주장은 이유 있고 검사의 주장은 이유 없다.

다) 피고인 9

피고인 9의 이 사건 범행은 범인에 대한 수사재판 및 형의 집행 등 형사사법의 작용을 곤란 또는 불가능하게 하는 것으로서 그 죄질이 좋지 아니한 점, 피고인 9는 실형을 복역하고 출소한 지 3년이 지나지 아니한 시점에 또다시 이 사건 범행을 저지른 점으로서 비난가능성이 높은 점 등을 고려하면, 위 피고인을 엄벌에 처할 필요가 있다.

다만, 피고인 9가 범행을 자백하면서 깊이 뉘우치고 있는 점, 피고인 9가 피고인 1로부터 공소외 3 주식회사의 경영권을 인수하면서 피고인 1의 도움이 불가피하여 피고인 1의 부탁을 거절하지 못하고 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점, 그밖에 기록에 나타난 이 사건 범행의 동기 및 수단과 결과, 피고인 9의 연령, 성행, 전과, 가족관계, 범행 후의 정황 등 이 사건 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정을 자세히 살펴보면, 원심의 피고인 9에 대한 형의 양정이 너무 가벼워서 부당하다고는 인정되지 아니한다.

그렇다면, 양형부당에 관한 검사의 주장은 이유 없다.

2. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1에 대한 자본시장법위반의 공소사실 및 피고인 2에 대한 자본시장법위반 및 공소외 12 주식회사 자금 17억 5,000만 원 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(횡령)의 공소사실에는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있고, 피고인 1, 피고인 2에 대한 위 각 공소사실 부분에는 위에서 판단한 것처럼 위 피고인들의 항소가 위 인정범위 내에서 또는 전부 이유 있어 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있으며, 그 밖에도 위 피고인들에 대한 유죄부분 중에는 앞서 본 바와 같은 사실오인 또는 법리오해로 인한 파기사유가 있는바, 원심판결은 피고인 1, 피고인 2의 위 파기되는 부분과 나머지 유죄부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 처리하여 하나의 형을 선고하였으므로 위 피고인들에 대한 그 유죄부분 전부를 파기할 수밖에 없다.

한편, 피고인 2에 대하여 원심판결 중 유죄로 인정한 업무상배임 부분은 피고인 2의 항소가 이유 있어 파기를 면할 수 없다 할 것인데, 이 파기되는 부분과 동일한 공소사실의 범위 내에 있는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배

임)의 이유 무죄 부분도 일죄에 대한 소송상의 불가분적 취급의 측면에서 함께 파기되어야 한다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 위 피고인들에 관한 유죄부분[ 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분 포함]을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

또한, 원심판결 중 피고인 3에 대하여는 공소장변경으로 인한 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 위에서 판단한 것처럼 피고인 3의 사실오인을 이유로 한 항소가 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 원심판결 중 피고인 3에 대한 부분을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 피고인 5, 피고인 6에 관한 원심판결에는 앞서 판단한 것처럼 피고인 5의 사실오인으로 인한 항소가 이유 있어 파기사유가 있고, 피고인 6에 대하여는 사실오인으로 인한 직권파기사유가 있으며, 피고인 8에 대하여는 피고인 8의 양형부당을 이유로 한 항소가 이유 있으므로, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8에 대하여 원심판결은 더 유지될 수 없다.

따라서 피고인 5, 피고인 6 및 위 피고인들에 대한 검사의 양형부당 항소에 관하여는 더 나아가 살필 필요 없이 형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 피고인 5, 피고인 6 및 피고인 8에 관한 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 피고인 4, 피고인 7의 항소와 검사의 피고인 9에 대한 항소, 검사의 피고인 1의 무죄부분 및 피고인 2의 공소외 2 주식회사 주식 관련 특정경제가중처벌등에관한법률위반(횡령)에 관한 무죄부분에 대한 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다(원심판결 중 피고인 2의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 이유 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없다 할 것이나, 앞서 본 바와 같이 위 이유 무죄 부분도 파기하므로 항소심의 심판 대상을 원심판결의 당부로 보는 이상 주문에서 따로 그 항소의 기각을 표시하지 아니한다.

).

[ 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8]