

특정범죄 가중처벌등에 관한 법률위반(알선수재)·특정범죄 가중처
벌등에 관한 법률위반(조세)·증권거래법위반

[서울고등법원 2010. 8. 6. 2010노565]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인과 검사

【검 사】 이선봉 외 1인

【변 호 인】 법무법인(유) 화우 담당변호사 공성국 외 3인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2010. 2. 5. 선고 2009고합690 판결

【주문】

】

1. 원심판결 중 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 모두 파기한다.

피고인을 징역 3년 및 벌금 71억 원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 1,000만 원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일로부터 4년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대한 공소를 기각한다.

2. 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계 매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것
이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세
조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어
보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의
시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오
인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고
보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상
장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의
발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게
무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등
에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에
게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은
내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게
공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에
대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주
식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피
고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고
인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도
로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황
등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수
있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6
주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외
2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서,
피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면

을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비 처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한 경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매집하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던

피고인으로서의 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식 매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

- 2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.
- 3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.
- 4) 피고인은 고가매수주문과 종가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관여매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.
- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.

6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는 공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베푼 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외 1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤풀이한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생

한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사과정에서 석물 매도대금의 증여사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828

전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들

명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 30,000주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈되는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세가액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

‘고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 ‘대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우’를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) ‘사기 기타 부정한 행위’의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 ‘사기 기타 부정한 행위’에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 ‘사기 기타 부정한 행위’가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 최대주주의 주식증여사실이나 주식의 유상취득사실을 숨김으로써, 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 ‘사기 기타 부정한 행위’에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수할 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과와 징수사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게에는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포

탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게서는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

㉔ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 "공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게 되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발생할 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

㉕ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉔ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

"고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

- ㉕ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에 따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 함께 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

- ㉖ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

- ㉗ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사

차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 - 3,000,000,000원) × 50%}]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식

34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 함께 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투

자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도 1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계 매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세 조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의 발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에

대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한

경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매집하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

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

그리고 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장 관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도675 판결 참조).

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.

3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.

4) 피고인은 고가매수주문과 종가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사

의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관계매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.

- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.
- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는

공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베푼 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외

1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른 없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤집어쓴 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 30,000주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

'고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 '대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우'를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억 원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) '사기 기타 부정한 행위'의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈범에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과의 전제가 되는 최대주주의 주식증여사실이나 주식의 유상취득사실을 숨김으로써, 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주

식매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과 전제가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로 부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과 전제사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는

것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

㉗ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 " 공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게 되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발

생활 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉞ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉟ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다."고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

- ㊱ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에 따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 합계 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉠ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉡ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 -

3,000,000,000원) × 50%]]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 합계 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득

세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과나 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을

보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는

것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의

발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에 대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한 경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매집하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로

충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.

- 3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.
- 4) 피고인은 고가매수주문과 증가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 증가관여매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.
- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.
- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는 공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베풀 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공

식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외 1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른 없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤풀이한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참

조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사와과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있

었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과

세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 30,000주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세가액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제 327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

'고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 '대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우'를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) '사기 기타 부정한 행위'의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈법행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여 받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과와 징수가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과와 징수사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과와 징수의 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하

면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과의 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게에는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

- ㉗ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 " 공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게

되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발생할 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

㉞ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

㉟ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

"고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

㊱ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에

따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 합계 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉔ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉕ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외

11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 - 3,000,000,000원) × 50%}]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 합계 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있

다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계 매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세

조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의 발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에 대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한 경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분

공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매입하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장

에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

- 2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.
- 3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.
- 4) 피고인은 고가매수주문과 종가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관여매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.
- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.
- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는 공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베푼 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외 1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤풀이한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외

5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141

판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당시에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게

부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법 위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법 위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있

는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인

의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 34,400주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세가액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

'고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 '대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우'를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억

원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) '사기 기타 부정한 행위'의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 최대주주의 주식증여사실이나 주식의 유상취득사실을 숨김으로써, 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과와 징수사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과의 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과의 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우

회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

- ㉓ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 " 공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게 되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발생할 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉔ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

㉔ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다. "고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

㉕ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에 따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 합계 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉖ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉗ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다

고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 - 3,000,000,000원) × 50%}]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에

게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 함께 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과나 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 함께 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년

7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도

1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계 매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인

상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게에는 특별히 주가상승을 목적으로 시세조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의 발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에 대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한 경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위

를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매입하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의

포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장

법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서의 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

- 2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.
- 3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.
- 4) 피고인은 고가매수주문과 종가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관여매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.
- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르

고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 상황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.

- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는 공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베푼 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외 1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모

등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤풀이한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각

연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세

)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대

금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 30,000주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범

행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세가액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것

이어야 한다.

‘고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 ‘대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우’를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억 원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) ‘사기 기타 부정한 행위’의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 ‘사기 기타 부정한 행위’에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈법행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 ‘사기 기타 부정한 행위’가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과의 전제가 되는 최대주주의 주식증여사실이나 주식의 유상취득사실을 숨김으로써, 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 ‘사기 기타 부정한 행위’에 해당한다.

따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과의 전제가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과의 전제사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게에는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포

탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과의 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

㉔ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 "공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게 되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발생할 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

㉕ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

㉔ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

"고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

㉕ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에 따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 함께 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉖ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉗ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사

차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 - 3,000,000,000원) × 50%}]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식

34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 함께 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투

자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도 1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계 매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세 조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의 발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에

대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한

경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매입하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.

3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.

4) 피고인은 고가매수주문과 종가관여매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사

의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관여매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.

- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.
- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는

공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베푼 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외

1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른 없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤집어쓴 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 34,400주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

'고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 '대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우'를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억 원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) '사기 기타 부정한 행위'의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과의 전제가 되는 최대주주의 주식증여사실이나 주식의 유상취득사실을 숨김으로써, 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주

식매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과 전제가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로 부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과 전제사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는

것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

㉗ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 " 공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게 되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발

생활 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉞ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

- ㉟ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다."고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

- ㊱ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에 따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 합계 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉠ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉡ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 -

3,000,000,000원) × 50%]]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 합계 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득

세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과나 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을

보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는

것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 사실오인과 법리오해 주장

(가) 피고인에게는 매매거래 유인목적이 없었다는 주장

피고인 측이 대량으로 주식을 현실 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승한 것일 뿐, 인위적으로 주가를 상승시키려는 의도가 없었던 점, 피고인 측을 위하여 주식을 매수한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이의 대화내용도 주가가 자연적으로 상승하기를 기대하는 내용일 뿐, 인위적인 주가조작에 관하여 의논하는 내용은 아니었던 점, 피고인 측이 주식을 매수하면서 고가매수주문, 허수매수주문, 하락방어매수주문 및 종가관계매수주문을 하였다고 하나, 고가매수주문이나 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 사용한 매수주문에 불과하고, 허수매수주문이라는 것도 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것으로서 처음부터 주식을 매수할 의사 없이 매수주문을 하였던 것은 아니며, 하락방어매수주문이라는 것도 시장가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하였던 점 등에 비추어 보면, 피고인 측이 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지 사이와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지 사이에 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에 피고인에게는 매매거래를 유인할 목적이 없었으므로, 이와 달리 본 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(나) 피고인은 시세조종행위에 가담하지 아니하였다는 주장

피고인은 코스닥상장법인의 경영자로서 회사의 주가에 대하여 관심을 갖는 것은 당연한 일이고, 주식 자체를 기부한 것 이어서 주가하락으로 추가 기부의 필요성이 있었던 것도 아니므로, 피고인에게는 특별히 주가상승을 목적으로 시세조종행위를 할 구체적 동기가 없었고, 피고인이 그로 인하여 이익을 얻을 수 있는 상황도 아니었던 점 등에 비추어 보면, 피고인이 시세조종행위에 적극 가담하였다고 볼 수 없으므로, 피고인을 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종 범행과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 범행의 공동정범으로 인정한 원심판결에는 사실오인과 법리오해의 위법이 있다.

(2) 양형부당 주장

피고인이 원심 인정 시세조종 범행으로 인하여 이익을 얻거나 일반 투자자들에게 예측하지 못한 손해를 입게 하였다고 보기 어려운 점, 110억 원대의 사회기부행위를 원활하게 하고 금융위기로 인한 주가의 폭락을 방지하기 위하여 상장법인의 경영자로서 불가피하였던 면도 있었던 점, 피고인이 그 동안 많은 재산을 사회에 기부하면서 문화예술의

발전에 큰 기여를 해 온 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 무거워 부당하다.

나. 검사

(1) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 사실오인 및 법리오해 주장 (이하 '특정범죄가중처벌 등에 관한 법률'을 '특가법'으로 줄인다)

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 주장

공소외 1이 피고인에게 금품을 공여한 이유에 세무조사 무마 명목이 포함되어 있다고 진술한 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하면서 직접 세무조사를 무마해달라는 청탁을 하였고, 공소외 1이 그 전후 수차례에 걸쳐 같은 내용의 청탁을 하였으며, 피고인이 베이징올림픽기간 중 1박2일의 일정으로 귀국하여 국세청장인 공소외 4 등에게 공소외 1에 대한 세무조사의 무마를 부탁하기도 하였던 점, 공소외 1이 피고인에게 15만 위안을 교부하기 직전에 대한레슬링협회의 부회장으로서 공소외 2 주식회사 명의로 공식 후원금 3,000만 원을 기부하였는데, 공소외 2 주식회사와 대한레슬링협회는 위 3,000만 원을 공식 후원금으로 처리하고 지출내역을 상세하게 정리한데 비하여, 피고인이 교부받은 15만 위안에 대하여는 공식 기부금으로 처리하거나 사용내역에 대한 정리를 하지 아니한 점, 피고인과 공소외 1이 위 15만 위안 이외에는 올림픽이나 아시안게임 등의 국제경기대회에서 공식 후원금 이외에 별도로 현금을 주고받은 적이 없는 점 및 그 밖에 피고인이 수수한 금품규모와 공여자인 공소외 1의 그 당시 재정상황 등에 비추어 보면, 피고인이 공소외 1로부터 세무조사 무마 알선에 관하여 15만 위안을 수수한 사실을 인정할 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 주장

피고인은 공소외 1과 그의 재산관리를 담당한 공소외 5에게 2008년 1월경과 2008년 5월경 2차례에 걸쳐 공소외 6 주식회사의 주식에 관한 손비처리를 요구하였다가 이를 거절당한 적이 있는데, 그 후 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등에 대한 국세청의 세무조사가 진행되고 공소외 1에 대한 검찰 고발과 구속이 이루어지는 과정에서, 피고인이 국세청장인 공소외 4 등에 대하여 세무조사 무마를 청탁한다거나 공소외 1의 구속 후 집행유예나 사면을 위하여 힘써 주겠다는 말을 한 다음, 2009년 1월경 공소외 5에 대하여 공소외 6 주식회사의 주식에 대한 손비처리를 요구한 행위는, 투자금의 회수를 포기하는 등의 방법으로 주주로서의 권리를 행사하지 아니할 것을 요구하는 행위로서, 피고인이 공무원의 직무에 속한 사향의 알선에 관하여 이익을 요구한 것으로 볼 수 있으므로, 이 부분을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실에 대하여, 그 일부에 대하여는 무죄를 선고하고 일부는 공소기각으로 판단하였다.

그러나 이러한 원심 판단은 다음과 같은 이유에서 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

(가) 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하였다.

그런데, 원심은 공소사실 중 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대해서는 공소기각으로 판단하고 나머지 조세포탈행위들에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 관한 범의가 인정되지 아니한다는 이유로 무죄를 선고하였다.

결국 원심은 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 것인데, 이 부분이 유죄로 인정될 경우 공소장변경이 없더라도 그에 대하여 유죄의 선고를 하여야 하므로, 이 점에서 원심판결은 위법하다.

(나) 상속세 및 증여세법(이하 '상증법'이라고만 한다) 제41조의5의 합병에 따른 상장 등 이익의 증여에 관한 규정은 새로운 증여세 포탈행위의 유형을 규정한 것이 아니라 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여재산의 가액이 증가한 경우의 증여재산가액 산정방법을 규정한 것에 불과하기 때문에, 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈에 대하여 그 범의가 인정되는 이상, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈에 대하여 별도의 포탈 범의가 존재할 필요는 없다.

이와 달리 본 원심판결은 위법하다.

(다) 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위하여 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재할 필요가 있다 하더라도, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하면서 증여세 포탈행위를 할 당시, 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장을 이미 염두에 두고 있었던 이상, 향후에 합병을 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 될 경우 의제증여세를 포탈하게 되리라는 점도 함께 인식하고 있었던 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에 대하여 의제증여세 포탈의 범의를 부정하면서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 위법하다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장

원심은 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유사실을 누락함으로써 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용한 사실은 인정하면서도 피고인이 그로 인하여 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, ① 피고인이 주식보유사실을 사실대로 공시한 후 주식을 처분할 경우 회사의 사정이 어렵다는 의미로 파악되어 주가가 하락할 수 있는 점, ② 피고인이 주식보유사실을 사실대로 신고하는 경우 보유주식이 보호예수대상이 되어 2년간 처분이 불가능함으로써 주식시장의 추세에 따라 주식을 매각하여 차익을 얻는 것이 어렵게 되는 점, ③ 피고인의 주식이 차명으로 분산 보유됨으로써 양도소득세를 절세할 수 있는 점, 그 밖에 합병 후의 주가추이와 피고인의 차명주식 매각규모와 경위 등에 비추어 보면, 피고인이 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 하였다는 점을 인정할 수 있으므로, 피고인의 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점을 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장

원심은 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위를 인정하면서도 피고인이 이에 가담하였다고 보기는 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였으나, 피고인이 공소외 1이나 그의 재산관리인 공소외 5에게 주가가 오를 수 있도록 주식을 매집하여 달라고 부탁을 하여, 그에 따라 공소외 5가 주가상승을 위한 시세조종행위를 하게 된 이상, 피고인이 공소외 5의 2006. 9. 7. 시세조종행위에 적극 가담한 것으로 볼 수 있으므로, 이를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실오인이나 공범에 관한 법리오해의 위법이 있다.

(5) 양형부당 주장

피고인의 시세조종에 의한 증권거래법위반의 범행으로 자본시장의 공정한 거래질서가 크게 교란되고 차명주식의 매각으로 수십억 원의 이익을 취한 점 등에 비추어 보면, 원심이 피고인에게 선고한 징역 8월, 집행유예 2년의 형은 지나치게 가벼워 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 직권파기

먼저, 직권으로 살피건대, 검사가 당심에서 특가법위반(조세)의 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가함으로써, 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소하고 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었으므로, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

이 부분을 형사소송법 제364조 제2항에 따라 직권으로 파기하기로 한다.

다만, 앞서 본 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인과 검사의 사실오인과 법리오해에 관한 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 된다.

나. 피고인의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

(1) 피고인에게 매매거래를 유인할 목적이 있었는지에 관하여

(가) 관련 법리

구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 공포되어 2009. 2. 4. 시행된 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 증권거래법'이라고만 한다) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로

충분하다.

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

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

(나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들과 피고인이 주식을 매수할 당시 정황과 거래형태, 거래의 동기에 관한 원심 판시 각 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2006년 10월경 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시와 2008년 7월경부터 2008년 11월경까지 공소외 3 주식회사 주식을 매수할 당시에, 피고인에게 앞서 본 법리에 따른 '매매거래를 유인할 목적'이 있었던 것으로 인정할 수 있다.

1) 피고인은 실명계좌를 통하여 주식을 매수하면서 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였을 뿐 매매거래를 유인할 목적은 없었다고 주장하나, 피고인과 가족들이 실명 또는 차명을 통하여 상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식 대부분을 보유하고 있어 공소외 3 주식회사 주식의 저평가 문제 해결을 위하여는 대주주 측의 지분 일부를 시장에 매도함으로써 시장 내에서 거래되는 유통물량을 늘려 주식의 유동성과 환금성을 제고시켜 줄 필요가 있다는 공소외 8 회사의 조언에 따라, 피고인 측이 2007. 4. 2.부터 2007. 11. 6.까지 사이에 시간외 대량매매를 통하여 보유 주식을 대량으로 매도한 것에서 볼 수 있듯이, 이미 대량의 주식을 보유하고 있었던 피고인으로서 경영권 확보나 그 밖의 사유로 공소외 3 주식회사의 주식을 대량으로 매집할 필요가 없었기 때문에, 피고인이 2006년 10월경에 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것과 2008년 7월경부터 11월경까지 공소외 3 주식회사의 주식을 매수한 것은 모두 오로지 주가상승이나 주가하락방지를 위한 것으로 볼 수 있다.

이러한 피고인의 주식매수동기와 매수대상인 공소외 3 주식회사 주식의 유통규모, 주가 및 거래 동향, 피고인의 주식매수 전후의 거래상황, 시장관여율의 정도와 같은 원심 판시의 각 사정들을 모두 종합하여 보면, 피고인이 주식시장에서의 자연스러운 수요·공급에 의하여 주가가 상승할 것을 기대하였다기보다는 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시키려 한 것으로 볼 수 있다.

2) 피고인은 2006. 8. 9.부터 2008. 3. 6.까지 자신이 보유한 차명주식을 시가에 매도하여 합계 43억 원에 이르는 주식매도대금을 수령하였는데, 피고인이 2006년도에만 18억 원에 이르는 차명주식을 매도하고, 특히 피고인이 주식매수를 종료할 무렵인 2006. 10. 25.부터 2006. 12. 15.까지 6억 6,569만 원 상당의 차명주식을 매도하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 2006년 10월경 주식을 매수할 당시 피고인에게 인위적 조작을 가하여 형성된 주가로 자신의 차명주식을 매도하여 매매차익을 얻고자 하는 의사가 없었다고 보기 어렵다.

- 3) 피고인은 주식매수업무를 한 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에서 매수한 주식의 주가가 상승하기를 희망하는 대화만이 있었을 뿐, 인위적으로 주가를 조작하고자 하는 언동은 없었다고 주장하나, 원심이 적법하게 판시하고 있는 바와 같이 피고인 측 회사 직원들과 증권회사 직원들 사이에 오고간 대화내용이 주가를 일정 수준으로 상승·유지시키기 위한 주식매수주문이나 주식매수 결과 형성된 주가에 관한 것이고, 그 외 주가의 인위적 상승이나 유지를 꾀하고자 하는 듯한 취지의 대화도 있었던 점에 비추어 보면, 피고인 측 회사 직원들이 가능한 한 저가로 주식을 대량 매집하고자 하였다기보다는 오히려 반대로 인위적으로 주가를 상승시키거나 주가의 자연스러운 하락을 방지하기 위하여 주식을 대량으로 매집한 것으로 볼 수 있다.
- 4) 피고인은 고가매수주문과 종가관계매수주문이라는 것은 주식시장에서 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 선택한 매수주문형태로서 이러한 매수주문형태가 있다고 하여 피고인에게 매매거래 유인목적의 존재를 인정할 수는 없다고 주장하나, 원심 판시와 같이 피고인은 공소외 3 주식회사의 주가가 하락하는 추세에 있었던 2006. 10. 9.경과 2008. 7. 3.경부터 각각 공소외 3 주식회사의 주식을 매수하면서 직전가보다 고가로 매수주문을 하거나 동시호가시기에 예상체결가보다 고가로 매수주문을 함으로써 주가를 상승시키거나 주가하락추세를 반전시키면서 주식을 매수하기도 하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 유통되는 주식 물량이 소량인 상황에서 대량의 주식을 일시에 매수하기 위하여 불가피하게 고가로 매수주문을 하였다고 볼 수 없고, 오히려 반대로 주가를 상승시키기 위하여 위와 같은 고가매수주문과 종가관계매수주문을 한 것으로 볼 수 있다.
- 5) 피고인은 시황의 변화에 따라 사후에 매수주문을 취소한 것일 뿐, 허수매수주문을 한 적은 없다고 주장하나, 허수주문으로 지적된 매수주문의 단위당 평균규모가 같은 기간 동안의 피고인의 평균 매수주문규모의 수배 이상에 이르고, 그 당시 피고인이 다른 매수주문과 달리 대량의 매수주문을 할 특별한 사정도 인정할 수 없으므로, 피고인이 실제 매수할 의사를 가지고 갑자기 이례적으로 대량의 매수주문을 한 것이 아니라, 실제 매수의사 없이 매매거래가 성황을 이룬 듯이 보이기 위하여 직전가보다 저가의 매수주문을 하였다가 적당한 시기에 이를 철회한 것으로 볼 수 있다.
- 6) 피고인은 하락방어매수주문이라는 것도 시가보다 낮은 일정한 가격에 주식을 매수하고자 하는 자연스러운 매수주문에 불과하다고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 주가가 하락하는 추세이었다면, 시가보다 낮은 일정한 가격에 대량의 매수주문을 하는 경우, 자연스러운 주가의 하락을 인위적으로 방지하는 효과가 있을 수 있으므로, 그러한 매수주문도 인위적으로 시세를 변동시키는 매수주문으로 볼 수 있다.

(2) 피고인의 시세조종행위 가담여부에 관하여

(가) 관련 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 없다.

한편, 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 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 인정되면, 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없는 것이다(대법원 2009. 2. 12. 선고 2008도 6551 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공모공동정범에 관한 법리를 전제로 하여, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들 즉, 피고인이 자신이 고용한 회사 직원들에게 지시하여 자신이 실질적으로 운영하는 회사인 공소외 9 주식회사, 공소외 10 주식회사와 자녀들인 공소외 11, 12 명의의 자금을 주식매수자금으로 투입하여 공소외 3 주식회사의 주식을 적극 매수하도록 지시하였고, 그러한 주식매수행위로 인하여 피고인이 대량으로 보유하고 있는 공소외 3 주식회사의 주가가 변동됨으로써 그로 인한 손익이 실제로 피고인에게 귀속되는 점, 원심 판시와 같이 피고인이 수시로 회사직원들로부터 공소외 3 주식회사의 주가변동상황을 확인하고 직접 주식매수를 지시하기도 한 점을 종합하여 보면, 피고인이 회사 직원들의 시세조종 범행에 공동가공하려는 의사를 가지고 회사 직원들에게 자신이 운영하는 회사나 자녀들의 자금으로 주식을 매수하도록 적극 지시하는 등의 방법으로 기능적 행위지배를 통하여 시세조종 범행의 실행에 나아갔다고 할 것이다.

그러므로 피고인은 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종행위와 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종 행위에 대하여 공동정범으로서 죄책을 부담한다.

(3) 소결

그렇다면, 피고인의 2006. 10. 9.부터 2006. 10. 26.까지의 시세조종과 2008. 7. 3.부터 2008. 11. 28.까지의 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 이 사건 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

검사의 항소이유에 대한 판단

(1) 특가법위반(알선수재)의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 15만 위안 수수의 점에 대한 판단

원심 판시 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정들 즉, ① 공소외 1이 1998. 11. 24. 방콕아시안게임을 위하여 3,000만 원, 1999. 12. 13. 시드니올림픽을 위하여 3,000만 원, 2004. 11. 4. 아테네올림픽을 위하여 5,000만 원 및 2006. 12. 5. 카타르 도하아시안게임을 위하여 5,000만 원을 각각 대한레슬링협회에게 공식 후원금으로 기부하였고, 1998년 방콕아시안게임 당시에는 대한레슬링협회 임원과 선수단을 위하여 개인적으로 만찬을 베풀 적도 있는데, 그에 비하여 베이징올림픽 당시 기부한 공식후원금 3,000만 원은 그 금액만을 놓고 보면 과거에 비하여 상대적으로 적은 규모였으나, 위 금액에 15만 위안을 합하면 총액이 5,000만 원을 약간 상회하게 되는 점, ② 자신의 현지 법인이 있는 중국에서 올림픽경기가 열리기 때문에 특별히 대한레슬링협회에 대한 공식 후원금 이외에도 중국 베이징 현지에서 임원과 선수들을 격려하기 위하여 별도의 비공

식 비용을 부담하고자 하는 동기가 있었다는 취지인 공소외 1의 일부 진술도 그 경위 설명이 비교적 자연스러운 점에서 그 신빙성을 쉽게 배척할 수 없고, 또, 공소외 1과 오랫동안 친분관계를 유지하여 오면서 그러한 사정을 잘 알고 있던 피고인으로서도 공소외 1이 그와 같은 동기에서 임원과 선수들을 위한 식사비용 등의 명목으로 15만 위안을 교부하는 것으로 알고 이를 수수하였을 개연성을 배제할 수 없는 점에 비추어 보면, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손비처리 요구의 점에 대한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시와 같은 사정들, 즉 피고인은 2008년 1월경과 그 직후인 2008년 5월경에 처음으로 공소외 1 측에 대하여 공소외 6 주식회사 주식의 손비처리를 요구하였는데, 그 당시는 공소외 1에 대한 세무조사가 시작되기 전이기 때문에 피고인이 세무조사 무마와 관련하여 공소외 1 측에 대하여 위와 같은 요구를 한 것으로 볼 수 없고, 특히 2008년 1월경은 공소외 1이 운영하는 공소외 2 주식회사 등의 2007년도 사업을 결산하고 사업소득에 대한 법인세 신고·납부를 준비하는 시기로서, 피고인이 공소외 6 주식회사의 경영에 실패한 후 투자자들의 보유 주식을 매입하여 주는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대하여 사실상의 청산배당절차를 진행하면서, 평소 친밀한 관계를 유지하여 오던 공소외 1에 대하여는 그로부터 주식을 무상으로 양수하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계를 정산하기로 마음먹은 다음, 결산기인 2008년 1월에 이르러 공소외 1에 대하여 주식을 무상으로 양도하여 이를 손비처리하는 방법으로 공소외 6 주식회사에 대한 투자관계를 정산하고 그에 따른 법인세 절세혜택도 받을 것을 제안하고 그 직후인 2008년 5월에도 같은 내용의 요구를 하였다가, 그 다음 결산기인 2009년 1월경에 이르러서도 또 다시 공소외 2 주식회사 등의 2008년도 흑자규모 등을 확인한 후 같은 내용의 요구를 반복하였던 점에 비추어 보면, 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선과는 상관없이, 기존의 공소외 1과의 공소외 6 주식회사에 관한 투자관계 정산계획에 따라, 주식의 무상양도 요구를 반복하였을 가능성을 배제할 수 없다.

실제로 2009년 1월경에는 공소외 1 측이 그 이전과는 비교할 수 없을 정도로 극히 어려운 처지에 놓여 있었는데도, 피고인의 손비처리 요구는 그 이전과 별반 다른 없는 형태로 이루어지고 또 곧바로 거절된 점에서도, 피고인의 손비처리 요구는 공소외 1 측의 결산기에 맞추어 종전의 요구를 뒤풀이한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 피고인의 세무조사 무마 노력에도 불구하고 공소외 1이 2008. 12. 12. 구속되자 2009년 1월에 접어들어 공소외 13과 공소외 5가 더 이상 피고인의 역할에 대하여 기대를 하지 아니하고 피고인과 별다른 연락을 취하지 아니하였다는 공소외 13의 검찰진술이 있기도 한 점에 비추어 보면, 피고인으로서도 공소외 1 측에 대하여 세무조사 무마나 집행유예 노력 등에 관하여 어떠한 이익을 요구하기 어려운 입장에 있었을 가능성이 있다.

결국 이 부분 공소사실에서와 같이 피고인이 세무조사 무마나 집행유예 및 사면이라는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 공소외 1 측에 대하여 주식의 무상양도라는 재산상 이익을 요구하였다는 점이 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 특가법위반(조세)의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 특가법위반(조세)죄의 죄수

1) 관련 법리

원래 조세포탈범의 죄수는 위반사실의 구성요건 충족 회수를 기준으로 하여 1죄가 성립하는 것이 원칙이나 구 특가법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것 이하 '구 특가법'이라고만 한다) 제8조 제1항은 연간 포탈세액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 구 조세범처벌법(2006. 12. 30. 법률 제8138호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고만 한다) 제9조 제1항의 행위와 합쳐서 하나의 범죄유형으로 하고 그에 대한 법정형을 규정한 것이므로, 조세의 종류를 불문하고 1년간 포탈한 세액을 모두 합산한 금액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 때에는 같은 항 위반의 1죄만이 성립하고, 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호 간에는 경합범 관계에 있다 할 것이다.

한편, 같은 항에 있어서 '연간'은 그 적용대상이 되는지 여부를 판단하기 위한 포탈세액을 합산하여야 할 대상기간을 의미할 뿐만 아니라, 그 죄수와 기판력의 객관적 범위를 결정하는 주요한 구성요건의 하나이다.

그런데, 이러한 '연간'이라는 개념도 일반인의 입장에서 보아 어떠한 조세포탈행위가 같은 항 위반의 죄가 되고 또 어떤 형벌이 과하여지는지 알 수 있도록 그 개념이 명확하여야 함은 당연한데, 같은 항에서와 같이 '연간'이라는 용어를 사용하면서 그 기산시점을 특정하지 아니한 경우에는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년간으로 이해하는 것이 일반적이며 이렇게 보는 것이 형벌법규의 명확성의 요청에 보다 부응한다 할 것이다.

그리고 포탈범칙행위는 구 조세범처벌법 제9조의3 소정의 신고·납부기한 등이 경과한 때에 비로소 기수에 이르는 점 등에 비추어 보면, 구 특가법 제8조 제1항에서 말하는 '연간 포탈세액 등'은 각 세목의 과세기간 등에 관계없이 각 연도별(1월 1일부터 12월 31일까지)로 포탈한 또는 부정 환급받은 모든 세액을 합산한 금액을 의미한다 할 것이다(대법원 2000. 4. 20. 선고 99도3822 전원합의체 판결 참조).

또한, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체는 같은 조항에 의한 납세의무자와 같은 법 제3조 소정의 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인, 기타의 종업원 등 행위자라 할 것이고, 연간 포탈세액이 일정액 이상에 달하는 경우를 구성요건으로 하고 있는 구 특가법 제8조 제1항의 규정은 이러한 조세포탈범을 가중처벌하기 위한 규정이므로, 같은 조항의 적용에 있어서는 납세의무자로서 포탈한 세액과 조세범처벌법 제3조 소정의 행위자로서 포탈한 세액을 모두 합산하여 그 적용 여부를 판단하여야 한다(대법원 2005. 5. 12. 선고 2004도7141 판결 참조).

2) 판단

이 사건에 있어서 검사는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈의 점, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 점 및 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점을 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 공소제기를 한 후, 당심에 이르러 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 의한 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 공소사실을 예비적으로 추가하였는데, 피고인의 방어권 행사에 불이익을 미치는 등의 특별한 사정이 없는 한 법원은 검사가 포괄일죄로 공소제기한 공소사실을 경합범으로 인정하여 처벌하더라도 불고불리의 원칙에 위반된다고 볼 수 없으므로(대법원 1987. 4. 14. 선고 86도2075 판결 참

조), 공소사실의 인정여부를 판단하기에 앞서 심판대상을 명확히 하기 위하여 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 따라 공소사실의 죄수관계를 살펴본다.

우선 신고에 따른 부과납세방식을 취하고 있는 증여세에 관한 포탈행위의 경우에는 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 구 조세범처벌법 제9조의3 제1호 단서에 따라 과세표준의 신고기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 수증행위 및 수증자에 따라 각각의 증여행위마다 그 신고기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립하며, 신고납세방식을 취하고 있는 양도소득세에 관한 포탈행위의 경우에도 납세의무자가 조세를 포탈할 목적으로 법에 의한 과세표준을 신고하지 아니한다면, 같은 조 제2호에 따라 신고·납부기한이 경과한 때 기수에 이르고, 원래 각 과세기간 및 자산양도자에 따라 각 과세기간의 신고·납부기한 등의 경과로 개별적으로 1죄의 범죄가 성립한다.

그러나 앞서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 비추어 보면, 검사가 피고인의 조세포탈행위를 구 특가법 제8조 제1항을 위반한 죄로 공소제기한 이 사건에 있어서는, 피고인이 구 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 조세포탈범의 범죄주체로서 저지른 조세포탈행위는 역법상의 한 해인 1월 1일부터 12월 31일까지의 1년 동안 기수에 이른 이상, 그 조세포탈행위는 피고인이 납세의무자로서 저지른 것이든 또는 다른 사람들의 대리인으로 저지른 것이든 간에 그 포탈세액을 모두 합산하여 그 합산액이 구 특가법 제8조 제1항 소정의 금액 이상인 경우 같은 항 위반의 1죄만이 성립하게 되는데, 이 때 같은 항 위반죄는 1년 단위로 하나의 죄를 구성하며 그 상호간에는 경합범 관계에 있다 할 것이므로, 수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위를 포괄하여 구 특가법 제8조 제1항 위반죄 1죄로 의율할 수는 없다(수년에 걸친 기간 동안 기수에 이른 조세포탈행위의 포탈세액을 합산하여 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 의율하는 것을 허용한다면, 조세범처벌법에 대한 특별법으로서 조세포탈범을 가중처벌하는 구 특가법 제8조 제1항의 적용범위가 부당하게 확대되고 피고인에게 방어권행사 등에 불이익이 초래되는 문제가 발생한다).

따라서 검사가 공소제기한 특가법위반(조세)의 이 사건 공소사실 중 ① 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2003년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있고, ② 피고인이 2003. 12. 26. 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들로 하여금 유상증자를 받도록 함으로써 그들에게 부과될 증여세를 포탈하였다는 행위는 2004년에 기수에 이르렀으므로 그 증여세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있으며, ③ 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장을 함으로써 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 부과될 의제증여세를 포탈하였다는 행위는 합병정산일로부터 3월이 경과한 2007. 1. 3.까지 피고인이 의제증여세를 신고하지 아니함으로써 그 다음날 의제증여세 포탈행위가 기수에 이르렀고, 피고인이 2006년 차명주식을 양도하여 양도소득세를 포탈하였다는 행위도 2007. 5. 31.까지 피고인이 그로 인한 양도소득세를 신고·납부하지 아니함으로써 그 다음날 기수에 이르렀기 때문에, 2007년에 기수에 이른 위 의제증여세 포탈세액과 양도소득세 포탈세액을 모두 합산하여 특가법위반(조세)죄 1죄가 성립할 수 있는데, 위에서 본 특가법위반(조세)죄의 죄수에 관한 법리에 의하면, 3개의 위 각 특가법위반(조세)죄들은 상호간에 경합범관계에 있다고 할 수 있다.

(나) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여하였는지에 관한 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 증여하였다는 석물들이 구체적으로 특정된 적이 없고, 피고인의 자녀들 또한 석물들을 특정하여 건네받아 이를 관리한 적이 없으며, 피고인이 석물들을 증여하였다는 시기에 석물들에 관한 증여계약서 등이 작성된 적이 없고, 그로 인한 증여세도 신고·납부된 적이 없으며, 피고인이 1990년과 1992년 공소외 14에게 석물을 증여하였다는 내용의 증여계약서도 2009년 2월경 세무조사에서 공소외 14의 주식 취득 자금원을 소명하기 위하여 날짜를 소급하여 작성한 계약서에 불과한 점에 비추어 보면, 피고인이 1990년대에 자녀들인 공소외 12, 11, 14에게 자신이 소유하던 석물들을 증여하였다고 볼 수는 없다.

또한, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 원심 판시 각 사정들 즉, ① 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들은 피고인의 지시에 따라 개설된 후, 그에 대한 관리와 입·출금이 전적으로 피고인의 지시에 따라 이루어졌던 점, ② 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금된 후에 그 석물 매도대금들이 피고인의 지시에 따라 사용됨으로써, 2003년 9월경 자녀들 명의로 주식매매대금이 지급될 무렵에는 주식매매대금에 현저히 미치지 못하는 잔액들만이 남아 있었기 때문에, 피고인이 주식매매대금의 지급에 소요되는 자금을 새롭게 추가로 입금하였던 점, ③ 피고인의 자녀들의 주식취득 경위에 관한 그 동안의 세무조사와과정에서 석물 매도대금의 증여 사실이 전혀 언급되지 아니하였던 점, ④ 피고인이 1995년경 자녀들에게 공소외 10 주식회사의 주식인수자금을 증여할 당시와는 달리 피고인 자녀들 명의의 예금계좌들에 석물 매도대금이 입금될 당시에는 세무서에 석물 매도대금의 증여사실을 신고하거나 그에 대한 증여세를 납부하지도 아니하였던 점 등을 종합하여 보면, 피고인이 2002년 11월경 자녀들에게 석물 매도대금을 증여하였다고도 볼 수 없다(피고인은 대법원 2009. 3. 19. 선고 2008다45828 전원합의체 판결을 들어 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률이 시행된 이후에는 예금 명의자가 그 예금에 대한 반환청구권을 가지고 있기 때문에 그 예금 명의자만이 예금의 소유자이고 그 예금계좌를 실제로 관리하는 자를 예금의 소유자로 볼 수 없으므로, 석물 매도대금이 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에 입금되었을 때 그 금원이 자녀들에게 증여된 것으로 볼 수 있다는 취지의 주장을 하나, 위 전원합의체 판결은 예금의 보관자로서 제3자인 금융기관에 대하여는 예금 명의자가 그 계좌에 입금된 예금에 관한 반환청구권을 갖고 실질적으로 그 계좌를 관리하고 있는 자라도 예금 명의자가 아닌 이상 제3자인 금융기관에 대하여 예금의 반환을 구할 수 없다는 취지의 판결에 불과할 뿐, 제3자인 금융기관 이외의 예금 명의자와 예금 출원자 등의 당사자들 사이에 예금의 소유권이 예금 명의자에게 귀속된다는 취지의 판결은 아니므로, 증여의 의사 합치 없이 피고인이 자신이 관리권을 가진 자녀들의 예금계좌에 일방적으로 금원을 송금한 사실만으로 그 예금의 소유권이 자녀들에게 이전되었다거나 그 금원이 자녀들에게 증여되었다고 볼 수는 없다).

그 반면 세법상 증여세 과세대상으로서의 주식증여가 있었는지 여부는 주식증여에 대한 의사의 합치와 주식을 취득하여 사실상 주주로서의 권리를 행사할 수 있는 지위를 취득하였는지에 의하여 판단하여야 할 것인바(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조), 앞서 본 사정들과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 2003년 9월경 차명주식의 이전 당시 피고인의 자녀들도 어느 정도 위 주식 이전의 사실을 알고 있

었던 것으로 보이고, 주식 이전 이후 주주명부에 명의개서가 되어, 피고인의 자녀들인 공소외 12, 11, 14가 실질적인 주주로 취급되었고 그에 따른 공시도 이루어졌으며, 공소외 7 주식회사가 공소외 3 주식회사와 합병된 이후에 피고인 자녀들 명의로 이익배당도 이루어진 점을 종합하여 보면, 2003년 9월경 피고인의 자녀들 명의로 차명주식이 이전될 당시에, 증여세 과세대상으로서의 차명주식 증여행위가 있었다고 볼 수 있다(상증법 시행령 제23조 제2항의 규정에 의하면 주식 증여의 경우 수증자가 배당금의 지급이나 주주권의 행사 등에 의하여 당해 주식을 인도 받은 사실이 객관적으로 확인되거나 주주명부에 명의개서가 된 날에 그 주식을 취득한 것으로 간주하는 규정을 두고 있다).

2) '사기 기타 부정한 행위'의 성립여부에 관한 판단

가) 관련 법리

구 특가법 제8조 제1항, 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니하나, 적극적으로 허위의 이중계약서를 작성·사용한 경우에는 '사기 또는 부정한 방법'을 사용한 것으로 볼 수 있고, 과세권자가 조세채권을 확정하는 부과납부방식의 증여세에 있어서 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고·과소신고의 전후 단계로서 '적극적인 소득 내지 자산 은닉행위'를 하는 경우 '사기 기타 부정한 행위'가 인정된다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

나) 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인은 차명주식을 자녀들에게 증여함에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 직접 주식을 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약서를 작성하였을 뿐만 아니라, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 직접 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금하는 등의 방법을 사용하였고, 명목상 매도인인 차명주주들의 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로, 피고인의 차명주식 증여사실의 발견을 불가능하게 하거나 어렵게 하여, 차명주식의 증여로 인한 증여세의 부과징수를 현저히 곤란하게 하였으므로, 피고인의 위와 같은 행위는 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 규정한 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

3) 포탈세액의 계산

조세포탈범에 대한 형사절차에서 확정하여야 할 포탈세액은 당해 포탈범에 대하여 부과하여야 할 세법상의 납세의무액수와 그 범위를 같이 한다(대법원 2000. 2. 8. 선고 99도5191 판결 참조).

이러한 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 2003년 9월경에 자녀들에게 증여한 차명주식의 수가 공소외 12의 경우에는 30,000주, 공소외 11의 경우 44,000주, 공소외 14의 경우 34,400주이고, 상증법에 따라 비상장주식에 대한 평가방법으로 산정한 1주당 평가액이 42,918원이기 때문에, 결국 피고인이 자녀들에게 증여한 차명주식에 대한 증여세과

세가액은 공소외 12의 경우 1,287,540,000원(= 42,918원 × 30,000주), 공소외 11의 경우 1,888,392,000원(= 42,918원 × 44,000주), 공소외 14의 경우 1,476,379,200원(= 42,918원 × 30,000주)인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 위 각 증여세과세가액에 대한 증여세액을 계산하면, 공소외 12는 355,016,000원[= 240,000,000원 + {(1,287,540,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 11은 595,356,800원[= 240,000,000원 + {(1,888,392,000원 - 1,000,000,000원) × 40%}], 공소외 14는 430,551,680원[= 240,000,000원 + {(1,476,379,200원 - 1,000,000,000원) × 40%}]으로 각각 산정되므로, 피고인이 2003년 9월경 자녀들인 공소외 12, 11, 14의 대리인으로서 그들에게 차명주식을 증여함으로써 포탈하게 된 증여세액은 별지 범죄일람표 2-1 기재와 같이 합계 1,380,924,480원에 이르는 점을 인정할 수 있다.

피고인은 공소외 11이 2006년경에 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것에 따른 증여세 경정결정으로 증여세 175,146,720원을 납부하였고, 공소외 12와 공소외 14도 차명주주들로부터 2003년 9월경에 주식을 저가로 양수한 것으로 밝혀져 그에 따른 증여세를 납부한 적이 있기 때문에, 공소외 11과 공소외 12 및 공소외 14가 추후에 납부한 증여세액을 위 포탈세액에서 공제하여야 한다고 주장하나, 피고인이 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것처럼 적극적으로 조작하면서 증여세의 과세표준이나 세액을 신고하지 아니하여 증여세를 포탈한 경우 그 신고기한이 경과함으로써 조세포탈죄는 기수가 된다 할 것이고 신고기한 후에 포탈세액을 추가로 납부한 사실이 있다고 하더라도 이미 완성된 조세포탈죄의 성립에 아무런 영향을 미칠 수 없다 할 것이므로(대법원 1985. 3. 12. 선고 83도2540 판결 참조), 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈 범행이 기수에 이른 후, 공소외 11 등이 포탈한 증여세의 일부를 납부하였다 하더라도, 피고인의 위와 같은 증여세 포탈범행으로 포탈한 세액을 산정함에 있어 이를 공제할 수는 없다.

4) 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

앞서 본 바와 같이, 피고인이 2003년에 차명주식 증여로 인하여 포탈한 증여세액이 합계 1,380,924,480원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하기 때문에, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세포탈행위에 대하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(다) 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 인정할 수 있는 바와 같이, 피고인이 자녀들인 공소외 12, 11, 14 대신 유상증자대금을 납입하여 그들에게 주식을 증여함으로써 피고인이 자녀들에게 증여한 주식들에 대한 증여세과세가액이 공소외 12의 경우 50,000,000원(= 5,000원 × 10,000주), 공소외 11의 경우 74,000,000원(= 5,000원 × 14,800주), 공소외 14의 경우 58,150,000원(= 5,000원 × 11,630주)에 불과하여, 그로부터 계산한 증여세액 합계액이 구 특가법 제8조 제1항 제2호가 정한 금액인 5억 원에 미달함이 계산상 분명하고, 따라서 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위는 구 특가법 제8조 제1항에 의하여 처벌할 수는 없고, 구 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호에 의하여 처벌할 수 있을 뿐인데, 이에 대하여 구 조세범처벌법 제6조에 따른 국세청장 등 세무공무원의 고발이 없다.

그러므로 이 부분 공소사실은 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 경우에 해당하므로, 형사소송법 제 327조 제2호에 의하여 공소를 기각하여야 한다.

(라) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립여부에 대하여

1) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈 여부에 관한 판단

가) 의제증여세 납세의무의 성립요건

구 상증법(2003. 12. 30 법률 제7010호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 상증법'이라고만 한다) 제41조의5 제1항은 '최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서, 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병됨에 따라 그 가액이 증가된 경우로서, 당해 주식 등을 증여받거나 유상으로 취득한 자가 당초 증여세과세가액 또는 취득가액을 초과하여 대통령령이 정하는 기준 이상의 이익을 얻은 경우에는 당해 이익을 증여받은 것으로 본다.

'고 규정하고 있다.

한편, 구 상증법 제41조의3 제1항은 '최대주주 등으로부터 증여받은 재산으로 당해 법인이나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우 그 재산은 주식 등을 유상으로 취득한 날부터 소급하여 3년 이내에 최대주주 등으로부터 증여받은 것 이어야 한다.

'고 규정하고 있다.

또한, 구 상증법 제41조의5 제1항에 따라 구 상증법시행령 제31조의8 제1항, 제31조의6 제3항은 '대통령령이 정하는 기준이상의 이익을 얻은 경우'를 정산기준일 현재 1주당 평가가액에서 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액과 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익의 합계액을 공제한 차액이 주식 등을 증여받은 날 현재의 1주당 증여세 과세가액의 100분의 30이상이거나 그 차액에 증여받거나 유상으로 취득한 주식수를 곱한 금액이 5억원 이상인 경우로 규정하고 있다.

나) '사기 기타 부정한 행위'의 성립 여부에 관한 판단

위에서 본 조세포탈법에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리에 비추어 보면, 다른 조세와 마찬가지로 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈법행에 있어서도 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 한 경우에 구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'가 있었던 것으로 볼 수 있다 할 것이다.

그런데, 의제증여세 납세의무는 최대주주 등과 특수관계에 있는 자가 최대주주 등으로부터 당해 법인의 주식 등을 증여 받거나 유상으로 취득한 경우 또는 증여받은 재산으로 최대주주 등 이외의 자로부터 당해 법인의 주식 등을 취득하거나 다른 법인의 주식 등을 취득한 경우로서 그 주식 등의 증여일 등으로부터 3년 이내에 당해 법인 또는 다른 법인이 특수관계에 있는 주권상장법인 또는 협회등록법인과 합병하여 증여받거나 유상으로 취득한 주식 등의 가액이 일정 기준 이상으로 증가한 경우에 성립하므로, 피고인이 합병에 따른 의제증여세 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다면, 피고인의 그와 같은 행위는 의제증여세 포탈행위에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다. 따라서 이 사건에 있어서, 위에서 본 바와 같이, ① 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여하였음에도 불구하고, 피고인의 자녀들이 차명주주들로부터 주식을 직접 매수하는 것처럼 보이기 위하여 허위의 주식매매계약을 작성하고, 주식매매대금이 실제로 지급된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 피고인 자녀들 명의의 예금계좌에서 직접 매도인인 차명주주들 명의의 예금계좌로 금원을 이체하거나 피고인의 자녀들 명의의 예금계좌에서 출금한 금원을 차명주주들의 예금계좌에 그대로 입금한 후, 명목상 매도인인 차명주주들의 명의로 주식양도차익에 대한 양도소득세를 자진하여 신고·납부함으로써, 적극적으로 피고인의 자녀들과 차명주주들 사이에 실질적인 매매가 있는 것과 같은 외관을 만드는 방법으로 의제증여세 부과와 징수가 되는 최대주주인 피고인과 특수관계에 있는 자녀들 사이의 차명주식 증여사실을 숨기고, ② 피고인이 자신 소유의 석물들을 자녀들인 공소외 12, 11, 14 명의로 각각 매도한 후 각각 매도대금들이 1997. 3. 18. 개설된 공소외 12 명의의 예금계좌와 1994. 1. 24. 개설된 공소외 11 명의의 예금계좌 및 1999. 2. 8. 개설된 공소외 14 명의의 예금계좌에 각각 입금된 상황에서, 위와 같은 방법으로 차명주식의 증여사실을 은닉함으로써, 피고인의 자녀들이 주식을 매수한 날로부터 소급하여 3년 이내에 최대주주인 피고인으로부터 어떠한 재산을 증여받아 그 재산으로 주식을 매수하였다는 다른 의제증여세 부과와 징수사실의 발견도 어렵게 하여, 결국 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하였다고 볼 수 있다.

그러므로 피고인이 구 상증법 제41조의5 제1항에 따른 의제증여세 포탈범행에 있어서 '사기 기타 부정한 행위'를 한 것으로 볼 수 있다(통상적으로 주식의 취득 자금원은 당사자가 정확히 신고하기 이전에는 과세관청에서 그 성격을 밝히는 것이 극히 어렵고, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 바와 같이, 실제 이 사건에서 과세관청이 피고인의 자녀인 공소외 12 등에 대한 주식의 매수자금 출처에 대하여 조사를 하였음에도 불구하고, 그 매수자금이 피고인이 증여한 것이라는 혐의조차 밝혀내지 못하였다).

또한 공소외 14에 대한 주식 매수자금원에 대한 출처조사에도 과세관청은 피고인이 증여세 부과와 징수의 제척기간인 15년 이내에 증여한 재산으로 공소외 14가 주식을 매수한 것이라는 혐의도 밝혀내지 못하였다).

다) 의제증여세 포탈범의에 관한 판단

① 의제증여세 포탈범의의 필요성

구 조세범처벌법 제9조 제1항이 정한 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이고, 이러한 사기 기타 부정한 행위로 조세를 포탈함으로써 성립하는 조세포탈범은 고의범이지 목적범은 아니므로 피고인에게 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하는 것이 아니며, 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하

면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

따라서 위에서 본 바와 같이, 2003년에 기수에 이른 2003년 9월경 피고인의 자녀들에 대한 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2007년 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 경합범관계에 있는 별개의 죄에 해당하는 이상, 피고인이 2003년 9월경 차명주식을 자녀들에게 증여할 당시 증여세 포탈의 범의가 있다 하여, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 별도로 존재하지 아니하여도, 곧바로 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하는 것은 아니다.

그렇다면 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 성립하기 위해서는 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'를 할 당시에, 그 행위가 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 의제증여세 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 그 행위를 감행하는 의제증여세 포탈의 범의가 존재하여야 하므로, 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위가 성립하기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여사실의 은닉행위 당시에 피고인이 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 증여한 후 합병을 통한 우회상장을 성사시켜 이를 통하여 증여한 주식의 가치를 다시 증가시켜 그 증가된 가액을 증여하겠다는 범의, 즉 피고인의 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식할 것이 필요하다고 할 것이다.

② 의제증여세 포탈범의 존부에 관한 판단

피고인은 2003년 9월 당시에는 공소외 7 주식회사를 우회상장하는 것을 전혀 고려하지 아니하였고, 공소외 6 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것이며, 단순히 공소외 16 주식회사의 실적제고를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것에 불과하므로, 2003년 9월경의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 주식의 양도 당시 피고인에게는 공소외 7 주식회사의 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈의 범의가 없었다고 주장한다.

그러나 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 다음 사정들을 종합하여 보면, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 이전한 것을 적극적으로 숨김으로써 의제증여세 부과와 징수의 전제가 되는 주식의 증여사실이나 3년 내에 증여받은 재산으로 주식을 취득한 사실의 발견을 어렵게 하여 의제증여세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 당시에, 피고인이 자녀들에게 차명주식을 증여한 공소외 7 주식회사의 우회상장을 염두에 두고 이를 위하여 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수한 것으로 볼 수 있다.

따라서 피고인에게는 합병을 통한 우회상장을 전제로 주식을 거래한 후 합병을 통한 우회상장으로 양도된 주식의 가치를 증가시켜 그 증가된 가액을 자녀들에게 증여하겠다는 범의, 즉 의제증여세에 대한 납세의무의 인식과 그 부정행위의 결과로서 포탈의 결과가 발생한다는 사실에 대한 인식이 있었다고 할 수 있다.

- ㉗ 2003년 당시 피고인과 가족들 및 공소외 7 주식회사 등의 재산과 자금관리 업무를 담당하던 공소외 17은 2009. 5. 9. 검찰진술에서 " 공소외 7 주식회사는 2001년경부터 코스닥시장에 직접 상장하려고 준비를 하였으나, 자회사인 공소외 18 주식회사, 공소외 6 주식회사 등에 대한 과도한 지급보증으로 상장자격요건에 미달하여 상장에 실패한 적이 있는데, 코스닥상장법인을 인수하여 우회상장에 성공하게 되면, 상장회사의 주식 대부분을 피고인이 보유하게

되어 이를 처분할 경우 큰 돈을 벌 수 있고, 그래서 우회상장을 시도하게 되었으며, 차명주식을 피고인의 자녀들 명의로 전환하기 전에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

피고인의 연세도 있고, 어차피 자녀들에게 재산을 물려주어야 하는 입장인데, 주식을 임원들 명의로 그대로 해둔 상태로 상장을 해버리면 그것을 실명전환하기가 매우 어렵기 때문에 미리 자녀들 명의로 이전해 둔 것이다.

"라고 진술하였다(증거기록 3975, 3976, 3978면). 공소외 17은 원심에서의 증언을 통하여 "2001년 하나투어의 상장 후 공소외 7 주식회사의 상장을 위하여 실무진끼리 협의를 하였고, 2003년 12월경 공소외 16 주식회사를 상장업무를 준비하는 주간사로 선정하였다.

"라고 진술하였고(공판기록 1234면), "피고인이 보유한 공소외 7 주식회사 차명주식을 임원들 명의로 그대로 두었다가 상장을 한 후에 자녀들 명의로 이전하면, 상장으로 인하여 상승한 주식가격으로 인하여 증여세 등의 세금문제가 발생할 수 있어, 2003년 9월경 피고인이 보유하던 공소외 7 주식회사의 차명주식 중 일부를 우회상장 전에 자녀들에게 넘긴 것이 맞나요?"라는 검사의 질문에 대하여 "예."라고 대답하기도 하였다(공판기록 1239면)(공소외 17은 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월에 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여할 당시에는 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 전혀 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 17의 관계, 공소외 17의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 17의 위와 같은 진술을 그대로 믿기는 어렵다).

㉔ 2005년 1월경 공소외 7 주식회사에 입사하여 피고인과 가족들의 재산과 자금관리 업무를 담당하여 온 공소외 19는 2009. 5. 16. 검찰진술에서 "자신이 2003년 초경 M&A 컨설팅을 하는 공소외 20 주식회사에 다닐 무렵 공소외 7 주식회사에서 코스닥상장사를 1개 인수하려고 하여 공소외 15 주식회사를 포함한 3개 회사를 소개하여 준 적이 있다.

"라고 진술하였다(증거기록 4657면)(공소외 19도 검찰조사 이후에는 피고인이 2003년 9월 무렵에 공소외 7 주식회사를 상장하거나 우회상장하고자 하는 계획이 없었고 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정한 것도 단순히 실적제고를 위한 것이었다고 진술한 적이 있으나, 피고인과 공소외 19의 관계, 공소외 19의 그 동안의 진술 경위, 피고인이 공소외 15 주식회사를 인수한 후 이를 통하여 공소외 7 주식회사를 우회상장하게 된 과정 등에 비추어 보면, 공소외 19의 위와 같은 진술도 그대로 믿기는 어렵다).

㉕ 피고인은 2009. 5. 20. 검찰피의자신문에서 "피고인이 공소외 7 주식회사를 직접 상장하려고 노력을 많이 하였으나, 관계사 간의 지급보증 등의 문제로 당장 상장이 곤란하고 이를 해소하기 위하여 상당한 시일이 요구된다고 하여, 공소외 7 주식회사를 빨리 상장할 수 있는 방법을 알아보던 중에 코스닥상장사를 하나 인수한 다음 이를 공소외 7 주식회사와 합병하면 상장을 할 수 있다는 조언을 들었다.

이에 따라 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 2003년도에 코스닥상장사인 공소외 15 주식회사를 인수하였다.

"고 진술하였다(증거기록 1277면). 피고인은 원심 법정에서 "2003년도에 공소외 7 주식회사의 코스닥시장 상장준비를 위하여 공소외 16 주식회사를 주간사로 선정하기도 하였다.

"고 진술하였다(공판기록 1532면).

㉖ 피고인은 2003년 6월경 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사를 인수하였는데, 그 당시에 공소외 6 주식회사는 이미 2002. 9. 30. 공소외 16 주식회사와 사이에 자금조달 관련 자문계약을 체결하고(증거기록 733면), 그 계약에

따라 작성된 투자설명서를 투자자들에게 교부하고, 2003. 6. 19.부터 공소외 21 주식회사로부터 제3자 신주인수방식으로 투자를 받기 시작하여 2004. 5. 23.까지 공소외 21 주식회사, 공소외 22 주식회사, 공소외 23 주식회사, 공소외 2 주식회사 등으로부터 합계 110억 원의 외부자금을 유치함으로써, 공소외 6 주식회사의 투자금 유치방안이 이미 마련되어 시행되고 있었다.

따라서 피고인의 주장과 같이 공소외 6 주식회사를 우회상장하게 된다면 피고인이나 그 가족이 아닌 제3자가 상장으로 인한 이익을 얻게 되는 결과가 되는 점에서 2003년경에 공소외 6 주식회사의 우회상장을 추진하였다는 피고인의 주장은 받아들이기 어렵다.

㉔ 피고인이 2003년 6월경 인수한 웹에디트프로그램 개발·판매업체인 코스닥상장법인 공소외 15 주식회사가 결국 2006년 7월경 여행 및 물류업을 영위하는 비상장법인 공소외 7 주식회사를 흡수합병하여 그 상호가 '공소외 3 주식회사'로 변경된 후, 피고인은 2007. 12. 4.경 웹에디트프로그램 개발·판매 부문과 게임부문을 모두 타사에 분리 양도하고, 주업종으로 여행 및 물류업만을 남김으로써, 결국에는 합병전 회사인 공소외 7 주식회사를 직접 상장한 것과 같은 결과를 얻었는데, 피고인이 1980년대부터 여행 및 물류업을 주된 영업으로 영위하여 왔고 위에서 본 바와 같이 그 동안 공소외 7 주식회사의 상장을 추진하여 왔던 점에 비추어 보면, 피고인은 처음부터 공소외 7 주식회사를 우회상장하기 위하여 코스닥상장사 공소외 15 주식회사를 인수하였던 것으로 볼 수 있다.

㉕ 피고인은 서둘러 합병을 할 특별한 사정이 없음에도 불구하고 합병을 통한 우회상장으로 인하여 의제증여세가 부과될 수 있는 공소외 7 주식회사 주식 증여일로부터 3년의 기간을 경과하기까지 불과 2개월을 앞두고 공소외 7 주식회사를 합병한 것을 보더라도, 피고인에게서는 처음부터 공소외 7 주식회사의 우회상장으로 인한 의제증여세를 포탈할 범의가 없었다고 주장하지만, 위에서 본 바와 같이 피고인이 2003년 9월경 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실을 은닉하는 행위를 한 후 2006년경에 실시된 피고인 자녀들의 2003년 9월경의 공소외 7 주식회사 주식 저가양수에 관한 세무조사와 2009년 실시된 피고인의 자녀 공소외 14의 2003년 9월경 공소외 7 주식회사 주식취득자금출처에 관한 세무조사에 이르기까지 피고인의 자녀들에 대한 공소외 7 주식회사 차명주식 증여사실이 밝혀지지 아니하였고, 이 사건 검찰수사에서 비로소 피고인의 차명주식 증여사실이 밝혀진 점에 비추어 보면, 위와 같은 사정만으로는 앞서 본 사정들을 모두 배척하고 피고인의 의제증여세 포탈범의를 부정할 여지가 있다고 할 수 없다.

라) 포탈세액의 계산

위에서 본 포탈세액 산정에 관한 법리에 따라 피고인이 포탈한 의제증여세액에 관하여 살피건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 공소외 3 주식회사의 정산기준일 현재 1주당 평가가액이 9,089원, 공소외 7 주식회사의 1주당 기업가치의 실질적인 증가로 인한 이익액이 14,217원, 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액이 42,918원, 공소외 7 주식회사와 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병비율이 1:20.5084947이기 때문에, 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 12에게 차명주식 30,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 615,254주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 3,878,007,487원이고, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외

11에게 차명주식 44,000주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 902,373주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 5,687,747,256원이며, 피고인이 2003년 9월경에 자녀인 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 증여한 후 3년 이내에 합병을 통한 우회상장으로 합병신주 705,492주가 교부되도록 함으로써 그에게 증여한 것으로 간주되는 증여재산가액은 4,446,786,625원인 사실을 인정할 수 있고, 그 당시 적용되는 상증법에 따라 피고인의 자녀들에 대한 증여세과세가액에 대한 의제증여세액을 계산하면, 공소외 12에 대한 의제증여세액이 1,479,003,743원[= 1,040,000,000원 + {(3,878,007,487원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 11에 대한 의제증여세액이 2,383,873,628원[= 1,040,000,000원 + {(5,687,747,256원 - 3,000,000,000원) × 50%}], 공소외 14에 대한 의제증여세액이 1,763,393,312원[= 1,040,000,000원 + {(4,446,786,625원 - 3,000,000,000원) × 50%}]에 이르는 점을 인정할 수 있으므로, 결국 피고인이 포탈한 의제증여세액은 별지 범죄일람표 3-3 기재와 같이 합계 5,626,270,683원에 이른다고 할 수 있다.

검사는 피고인의 자녀들이 2003. 12. 26. 공소외 7 주식회사의 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 우회상장을 통하여 합병신주를 교부받았기 때문에, 1주당 신주인수대금이 5,000원이었던 점을 고려하여 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 공소외 12에 대하여 33,439원, 공소외 11에 대하여 33,374원, 공소외 14에 대하여 33,338원으로 각각 산정한 후, 위와 같이 유상증자에 따라 발행된 신주들에 대하여 교부된 합병신주도 합병을 통한 우회상장으로 증여 간주된 증여재산에 포함시키는 방법으로 별지 범죄일람표 3, 3-1 각 기재와 같이 피고인의 자녀들에게 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액을 합계 20,102,038,387원, 의제증여세 포탈세액을 8,671,019,180원으로 각각 산정하였으나, 구 상증법 제41조의5 제3항, 제41조의3 제6항에 따르면, 주식 등의 취득에는 법인이 자본을 증가시키기 위하여 신주를 발행함에 따라 인수·배정받은 신주를 포함한다고 규정하고 있기 때문에, 피고인이 2003년 9월경 공소외 12에게 차명주식 30,000주, 공소외 11에게 차명주식 44,000주, 공소외 14에게 차명주식 34,400주를 각각 증여한 후 2003. 12. 26. 유상증자로 공소외 12가 신주 10,000주, 공소외 11이 신주 14,800주, 공소외 14가 신주 11,630주를 각각 인수하였다면, 합병을 통한 우회상장으로 인하여 증여된 것으로 간주되는 증여재산가액과 의제증여세액을 산정함에 있어, 2003. 12. 26. 피고인의 자녀들에 대하여 1주당 신주인수대금 5,000원으로 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 고려하여, 주식을 증여받은 날의 1주당 증여세 과세가액을 산정하고 그 신주들에 대하여 배정된 합병신주들을 합산하여 증여재산가액 산정하여야 할 것이지만, 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 차명주식을 증여할 당시에 신주발행이 예정되어 있어 피고인이 이를 예견하고 있었다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 그 부분에 대한 의제증여세 포탈범의를 인정할 수 없으므로, 피고인이 포탈한 의제증여세액을 산정함에 있어 2003. 12. 26. 위와 같이 신주들이 발행된 사정을 참작할 수는 없다.

마) 피고인의 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위의 성립

결국 피고인이 2003년 9월경 자녀들에게 공소외 7 주식회사의 차명주식을 증여하면서 이를 은닉하는 '사기 기타 부정한 행위'를 한 후, 그로부터 3년 이내인 2006년 7월경 공소외 7 주식회사를 코스닥상장법인인 공소외 15 주식회사와의 합병을 통하여 우회상장을 하고, 그 우회상장을 통하여 피고인이 자녀들에게 증여한 것으로 간주되는 이익이 위에서 본 바와 같이 대통령령이 정하는 기준을 초과하는 것이 계산상 분명한 이상, 피고인이 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 합계 5,626,270,683원에 이르는 의제증여세를 포탈한 점을 인정할 수 있다.

2) 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈여부에 관한 판단

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 인정되기 위해서는 '사기 기타 부정한 행위', 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위가 존재하여야 하는 바, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인이 코스닥상장법인인 공소외 3 주식회사의 주식을 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 소유 주식의 시가총액이 100억 원 이상인 대주주로서, 2006. 8. 6.부터 2006. 12. 15.까지 별지 범죄일람표 4-1, 4-2 기재와 같이 차명주식 196,705주를 차명주주들 명의로 매도하여 1,716,758,544원의 양도차익을 얻었음에도 불구하고 양도소득세 확정신고기한인 2007. 5. 31.까지 양도차익에 대한 과세표준과 양도소득세를 신고·납부하지 아니한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 차명주식들은 피고인이 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영할 당시부터 임·직원들의 명의를 빌어 보유한 공소외 7 주식회사의 차명주식들에 대하여 공소외 7 주식회사와 공소외 3 주식회사와의 흡수합병에 따라 배정된 합병신주들로서, 피고인이 상장주식에 대한 양도소득세 과세규정인 구 소득세법(1998. 12. 28. 법률 5580호로 개정된 것) 제94조 제3호가 시행된 1999. 1. 1. 이후에 처음부터 양도소득세를 포탈할 목적으로 주식을 차명으로 보유하였다는 점을 인정할 증거가 없는 이상, 단지 피고인이 기존의 공소외 7 주식회사 차명주식들에 대하여 합병신주를 교부받아 또 다시 차명으로 보유하게 된 공소외 3 주식회사의 주식들을 실명으로 전환하지 아니한 채 그대로 차명주주들 명의로 매도하였다는 점만으로는 피고인이 양도소득세의 부과 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위, 즉 '사기 기타 부정한 행위'를 하였다고 보기 어렵다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 참조).

따라서 피고인이 사기 기타 부정한 행위를 하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세를 포탈한 점을 인정할 수 없다.

3) 피고인의 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립

피고인에 대하여 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위가 성립하지 아니한다 하더라도, 앞서 본 바와 같이, 2007년에 기수에 이른 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장으로 인한 피고인의 의제증여세 포탈세액이 합계 5,626,270,683원에 이르러 구 특가법 제8조 제1항 제1호가 정한 금액을 초과하는 이상, 피고인에 대해서는 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위로 인하여 특가법위반(조세)죄가 성립한다.

(마) 소결

따라서 결국 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)과 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)의 공소사실이 모두 유죄로 인정되고, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 특가법위반(조세)의 공소사실에 대하여는 공소가 기각되어야 하며, 피고인의 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈행위는 무죄로 인정되므로, 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈의 점에 대하여는 공소기각으로 판단하는 한편, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여로 인한 증여세 포탈행위에 대하여 별도의 판단을 하지 아니한 채 위 양도소득세 포탈행위를 제외한 나머지 특가법위반(조세)의 점에 대한 공소사실 전체를 무죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 것이다.

(3) 사기적 부정거래의 점에 관한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(가) 관련 법리

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

구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 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(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결 참조).

한편, 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 '중요한 사항'이란, 미공개정보 이용행위 금지조항인 같은 법 제188조의2 제2항에서 정한 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'와 궤를 같이 하는 것으로서, 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미한다.

또한, 위와 같은 중요한 사항에 관하여 허위 또는 부실 표시된 문서를 증권선물거래소를 통하여 이미 공시한 상태에서 이를 단순히 시정하지 않고 방치하는 데 그치는 것이 아니라, 구체적인 상황에서 그 문서가 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사항에 관하여 오해를 유발할 수 있는 상황임을 알면서도, 이를 금전 기타 재산상의 이익을 얻는 기회로 삼기 위해서 유사한 취지의 허위 또는 부실 표시 문서를 계속 증권선물거래소에 보고하는 등의 방법으로 적극적으로 활용하는 행위는 위 조항에서 정한 문서의 이용행위에 포함될 수 있다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조).

(나) 판단

우선 원심 판시와 같이 피고인이 합병신고서 및 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명주식 보유 사실을 기재하지 아니한 행위는 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호의 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시를 누락한 행위에 해당한다고 볼 수 있다.

그러나 앞서 본 사기적 부정거래에 관한 법리를 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 합병신고서, 최대주주변경신고서, 임원·주요주주 소유주식보고서에 차명으로 소유하고 있는 주식의 보유내역을 허위로 기재함으로써 타인의 오해를 유발하여 금전적 이익을 얻으려고 한 점을 인정하기에 부족하므로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있

다고 할 수 없다.

(4) 2006. 9. 7. 시세조종의 점에 관한 사실오인 주장에 대하여

(가) 관련 법리

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결 참조).

(나) 판단

앞서 본 공동정범에 관한 법리와 원심 판시 각 사정들에 비추어 보면, 피고인이 공소외 5의 시세조종에 의한 증권거래법위반 범행에 공동정범으로서 적극 가담하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 기능적 행위지배를 하였다고 인정하기가 어려우므로, 피고인에 대하여 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반 범행에 관한 공동정범의 성립을 인정하지 아니한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인이나 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 결론

가. 원심판결 파기 및 항소기각

그렇다면, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분은 직권으로 파기되어야 하는데, 이 부분과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 원심판결의 유죄부분도 더 이상 유지될 수 없으므로, 피고인과 검사의 양형부당의 항소이유 주장에 대한 판단을 생략한 채, 원심판결 중 특가법위반(조세)의 점에 관한 부분과 유죄부분을 파기하여 변론을 거쳐 다음과 같이 판결하고, 원심판결 중 사기적 부정거래로 인한 증권거래법위반의 점과 2006. 9. 7. 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점 및 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)의 점에 대한 검사의 항소는 어느 것이나 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

나. 원심판결 파기 후 특가법위반(조세)의 점에 관한 심판범위

검사가 당심에서 특가법위반(조세)죄의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분에 대하여, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 기소하는 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경을 함으로써, 피고인의 특가법위반(조세)의 점에 관한 공소사실 중 증여세와 의제증여세 포탈의 점에 관한 부분이 주위적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄, 예비적으로는 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄를 경합범으로 변경되었다.

그런데, 앞서 본 바와 같이 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 및 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈과 2006년 차명주식 양도에 따른 양도소득세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄 3개 죄가 서로 경합범관계에 있는 이상, 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여와 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈행위 및 2006년 7월 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈행위를 모두 특가법위반(조세)죄의 포괄일죄로 기소한 주위적 공소사실을 받아들일 수는 없으므로, 일단 예비적 공소사실에 포함된 피고인의 2003년 9월경 차명주식 증여에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄와 2006년 7월경 합병을 통한 우회상장에 따른 의제증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄가 심판대상이 된다고 할 수 있다.

그러나 예비적 공소사실에서 피고인이 2003. 12. 26. 유상증자를 통한 증여세 포탈행위가 제외되었다 하더라도, 그 증여세 포탈행위가 다른 조세포탈행위들과 기수시기를 달리하여 별도의 특가법위반(조세)죄가 성립하고, 형사소송법 제255조 제1항에 따라 공소의 취소가 제1심판결 선고 전까지만 가능한 이상(다른 조세포탈행위들과 경합범관계이지 포괄일죄의 관계에 있는 것이 아니므로, 공소사실의 철회에 해당하지 아니하는 것이다), 위에서 본 바와 같이 주위적 공소사실이 받아들여지지 아니하여 예비적 공소사실만이 심판대상이 된다 하더라도, 피고인의 2003. 12. 26. 유상증자에 따른 증여세 포탈로 인한 특가법위반(조세)죄의 성립 여부에 관하여 별도의 판단을 하여야 한다.