

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·특정범죄가중처벌등에관  
한법률위반(뇌물)·부정처사후수뢰·특정경제범죄가중처벌등에관한법  
률위반(수재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(증재등)·  
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(알선수재)·조세범처벌법위반·뇌  
물공여



[서울고등법원 2009. 12. 29. 2008노3201,2008노3330(병합)]

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】

【검 사】 심재돈외 1인

【변 호 인】 법무법인(유) 태평양 담당변호사 노영보외 6인

【원심판결】 1. 서울중앙지방법원 2008. 11. 24. 선고 2006고합1352, 1295(병합), 1351(병합) 판결 / 2. 서울중앙지방법  
원 2008. 11. 27. 선고 2006고합1342 판결

【주문】

】

제1 원심판결 중 피고인 1, 2의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 무죄부분, 피고인  
1의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점에 대한 무죄부분 및 피고인 3에 대한 무죄부분을 각 파기하  
다.

피고인 1, 2, 3은 각 무죄.

검사의 피고인 1, 2에 대한 나머지 항소, 검사의 피고인 5에 대한 항소 및 피고인 2, 4의 항소를 각 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사의 피고인 1, 2, 3의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 항소이유

피고인 1이 법령이나 계약상 근거에 의해 주식회사 한국외환은행(이하 '외환은행'이라 한다)의 이 사건 매각절차를 주관  
하였든, 아니면 법령이나 계약상 근거에 기한 업무 처리 과정에서 부수적으로 이 사건 매각절차를 진행하였든, 실제  
로 이 사건 매각절차를 주관하여 진행한 이상 적어도 사실상의 근거에 기한 배임죄의 주체성은 인정되는 점, 이 사  
건은 외환은행의 신주와 구주를 연동하여 함께 매각한 사안으로 신주발행과 구주매각을 나누어서 진행한 사실이  
전혀 없으며 이를 나누어서 업무를 담당하거나 처리한 사실이 없고 신주발행과 구주매각을 하나의 매각대상으로  
삼아 절차를 진행하였는데, 구주매각에 관하여 협상초기부터 실제 법률상 주체인 한국은행과 한국수출입은행(이하  
'수출입은행'이라 한다)에 대해 통보도 없이 추진되었음은 물론, 추후에도 중요의사결정과정에 모두 배제되었으며  
, 신주발행 역시 이사회 및 주주총회의 소관사항이나 중요의사결정에 이사회가 정상적으로 가동되거나 운영된 적이  
없었던 점, 당시 외환은행의 매각이 불가피한 사정이 아니었고, 자본확충을 위하여 매각 외에 다른 대안이 있었던  
점, 매각절차 전 과정에 걸쳐 적정한 매각방법과 절차에 대한 검토 없이 수익계약으로 진행된 점, 실사결과가 나오  
기 전에 미리 가격에 대하여 합의하고 삼일회계법인의 실사결과를 조작하였으며, 2003년 2/4분기 외환은행의 주가

가 상승될 것이 예상되는 상황에서 외환은행 주가하락을 획책하고 주가가 가장 낮은 수준일 때 빨리 매각을 마무리 짓자고 합의한 점, 사모펀드와 매각을 전제로 하는 협상을 승인하고 적극적으로 주도하였고, 몰래 매수인 측 핵심 관계자와 만나 중요사항을 합의해 주었으며, 매수자 보유 총액에 맞추어 외환은행의 주식 51% 지분을 주기 위하여 신·구주의 가격과 주식수를 연동시키는 신·구주 연동구조를 택한 점, BIS 비율 전망치는 조작된 것이거나 합리적으로 산출된 것이 아닌 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실은 증명이 충분하다 할 것임에도 제1 원심은 이를 무죄로 판단한 잘못이 있다.

나. 검사의 피고인 1에 대한 나머지 항소이유

(1) 공소외 3이 피고인 5로부터 받은 3,000만 원에 대한 제3자뇌물제공으로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점

피고인 5가 피고인 1과 30년간 친구로 지내온 사이이고, 변호사라는 피고인 5의 직업 등에 비추어 피고인 5가 실제로 피고인 1의 동생 공소외 3 회사에 투자형식으로 교부한 돈의 금액을 허위로 진술할 이유가 없는 점, 피고인 5가 직무 관련성에 대하여 시인하기도 한 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실은 증명이 충분하다 할 것임에도 제1 원심은 이를 무죄로 판단한 잘못이 있다.

(2) 피고인 5로부터 받은 400만 원에 대한 뇌물수수의 점

피고인 1과 피고인 5의 관계, 피고인 5의 직업 등에 비추어 보면, 피고인 5가 수년 지나서 진술하게 되면서 그 일시 등을 혼동하여 진술하였다고 하여 그 진술의 신빙성을 배척할 수 없다고 할 것임에도 제1 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

(3) 피고인 5로 받은 774만 원에 대한 부정처사후수뢰의 점

피고인 5가 먼저 수사기관에 이 부분 공소사실에 대하여 털어놓은 점, 자동차 할인금 명목의 돈을 공소외 12로부터 받고 이를 피고인 1에게 전달하지 않았음에도 피고인 1에게 전달하였다고 허위 진술할 이유가 없는 점 등에 비추어 이 부분 공소사실은 증명이 충분하다 할 것임에도 제1 원심은 이를 무죄로 판단한 잘못이 있다.

(4) 외환은행으로부터 받은 이익에 대한 사후수뢰의 점

피고인 1이 공직 재임 중 론스타의 외환은행 인수와 관련하여 론스타 측의 부탁을 받고 부정한 방법으로 론스타를 도와 주고, 퇴직 후 공소외 198 주식회사를 설립한 후 론스타 측 경영진에게無理하게 요구하여 공소외 118 주식회사 출자 참여를 받아 낸 것으로 이 부분 공소사실이 넉넉히 인정된다 할 것임에도 제1 원심은 이를 무죄로 판단한 잘못이 있다.

다.

검사의 피고인 2에 대한 나머지 항소이유

(1) 외환은행으로부터 받은 15억 8,400만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

피고인 2가 퇴직 후 외환은행으로부터 받은 15억 8,400만 원은, 피고인 2가 외환은행 매각시 보여 준 정보누설 등 배임 행위의 대가로 내부규정 상의 지급한도를 초과하여 지급된 점, 외환은행이 아닌 공소외 15 개인과의 이면 계약 체결에 의하여 금원을 수수한 점 등 위 금원의 수수 규모, 시기, 방법, 경위 등에 비추어 외환은행 매각에 대한 협조행위의 대가라고 보아야 함에도 제1 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

(2) 공소외 4가 피고인 4로부터 받은 2,000만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점  
피고인 4가 피고인 2의 형 공소외 4에게 2,000만 원을 준 것은 별도로 독립되어 진행된 것이 아니라 피고인 2에게 2003. 2. 및 2003. 6.에 직접 6,000만 원을 주는 가운데 발생한 것으로, 피고인 2가 최초 피고인 4로부터 금원을 받는 자리에서 공소외 4를 도와달라고 말하였고, 그에 따라 피고인 4가 공소외 4에게 돈을 주었으며, 당시 공소외 4는 피고인 2의 모친을 부양하고 있었는데, 피고인 2의 모친을 부양하는 비용은 피고인 2, 공소외 4 등 형제들이 나누어 부담하던 상황이었으므로 비록 피고인 2가 직접 금원을 수수하지 아니하고 피고인 4로 하여금 공소외 4에게 금원을 공여하게 한 경우라고 하더라도 공소외 4가 금원을 수수함으로써 피고인 2는 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 공소외 4가 금원을 수수한 것을 피고인 2가 직접 수수한 것과 같이 평가할 수 있다고 할 것임에도 제1 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

### (3) 양형부당

제1 원심이 피고인 2에게 선고한 징역 1년 6월의 형은 너무 가벼워 부당하다.

라. 검사의 피고인 5에 대한 항소이유

#### (1) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(알선수재)의 점

론스타의 외환은행 인수가격 협상이나 콜옵션 등 인수조건의 수용에 대한 청탁은 법률사무가 아님이 명백하고, 담당공무원인 피고인 1에 대한 친분관계를 이용하여 법률사무 내지 법률사건의 수임과 무관하게 청탁하였을 뿐이고, 론스타의 공소외 16 및 유회원도 같은 취지로 증언하였으므로 변호사의 직무대상으로 볼 수 없으며, 당시 피고인 5는 현대해상화재보험 주식회사의 대표이사로 재직 중이어서 변호사 직무수행의 의사로 청탁하였다고 볼 수 없으므로 사적 청탁의 대가였다고 봄이 상당하다고 할 것임에도 제2 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

#### (2) 뇌물공여의 점

피고인 5가 공소외 3에게 3,000만 원, 피고인 1에게 1,174만 원을 제공한 사실은 피고인 5가 먼저 수사기관에 털어 놓은 사실인 점, 피고인 5가 피고인 1과 30년간 친구로 지내온 사이인 점, 피고인 5의 직업 등에 비추어 보면, 비록 피고인 5가 수년 지나서 진술하게 되면서 그 일시 등을 혼동하여 진술하였다고 하여 그 신빙성을 배척할 수는 없다. 또한 피고인 1이 피고인 5의 부탁 등으로 위법·부당한 배임행위를 하였고, 피고인 5의 진술 등에 비추어 그 직무관련성도 인정된다.

그럼에도 제2 원심은 이 부분 각 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

(3) 조세범처벌법위반의 점

피고인 5는 국내에서 발생한 소득임에도 위 피고인이 해외에 설립한 페이퍼 컴퍼니가 용역을 수행한 것처럼 가장하여 자문계약서를 허위로 작성하였고, 홍콩과 미국 계좌로 나누어 수수한 후 차명 해외 계좌들을 통해 자금세탁까지 하였으므로 적극적 소득은닉 행위가 있었다고 할 것임에도 제2 원심은 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 잘못이 있다.

마. 피고인 2의 항소이유

(1) 공소외 5 등으로부터 받은 4억 6,900만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

피고인 2는 2002. 5. 내지 6.경 공소외 2에게 비자금을 조성할 것을 지시한 사실이 없고, 2003. 1.경 공소외 1로부터 자금을 조성하였다는 말을 처음 들었을 때 이를 반환하라고 지시하였으며, 그 후 공소외 1로부터 반환하였다는 보고를 받았다.

또한 피고인 2는 공소외 2, 1의 개인적 범죄행위를 몰랐을 뿐만 아니라 공소외 2, 1의 위와 같은 범죄에 대하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 한 바 없으므로 공동정범이 성립하지 않는다.

그럼에도 제1 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(2) 피고인 4로부터 받은 6,000만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 직접증거인 피고인 4의 진술은 진술내용 자체의 합리성, 전후의 일관성이 결여되어 신빙성이 없고, 간접증거인 공소외 6, 7, 8의 각 진술은 전후 일관성이 없고 진술이 서로 일치하지 아니하여 신빙성이 없음에도 제1 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

바. 피고인 4의 항소이유

제1 원심이 피고인 4에게 선고한 징역 8월에 집행유예 2년의 형은 너무 무거워 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 피고인 1, 2, 3의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 항소이유에 대하여  
검사의 이 부분 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심 제2회 공판기일에 이르러 이 부분 공소사실을 별지 공소사실과 같이 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였는바, 변경된 부분은 주로 배임행위의 내용과 재산상 손해의 액수에 관한 것이다.

그런데 배임행위의 내용에 관한 공소장 변경은 당초 공소사실과 비교하여 볼 때 공소사실의 기본적 요소에 실질적인 영향을 미치는 정도에 이르지 않는바 그 심판대상이 변경된 것으로 볼 수 없다.

그러나 재산상 손해의 액수에 관한 공소장 변경은 당초 공소사실이 이 사건 신주발행과 구주매각으로 인하여 외환은행과 수출입은행 등 대주주가 3,443억 원 내지 8,253억 원 상당의 손해를 입었다는 것인데 비하여, 변경된 공소사실은 이 사건 신주발행과 구주매각으로 인하여 주주들이 4,445억 원 내지 1조 834억 원 상당의 손해를 입었고(구체적으로는 수출입은행 1,445억 원 내지 3,521억 원, 코메르츠뱅크 1,447억 원 내지 3,526억 원, 한국은행 474억 원 내지

1,156억 원, 소액주주 1,079억 원 내지 2,630억 원), 또 이 사건 신주발행으로 인하여 외환은행이 7,466억 원 내지 9,981억 원의 손해를 입었다는 것이므로, 이 부분 공소장 변경은 공소사실의 기본적 요소에 실질적인 영향을 미치는 정도에 이르러 그 심판대상이 변경된 것으로 볼 수밖에 없다.

따라서 제1 원심판결 중 피고인 1, 2의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 무죄부분 및 피고인 3에 대한 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

나. 검사의 피고인 1에 대한 나머지 항소이유에 대하여

(1) 공소외 3이 피고인 5로부터 받은 3,000만 원에 대한 제3자뇌물제공으로 인한 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점

검사의 이 부분 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심 제11회 공판기일에 이르러 피고인 1이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 피고인 5로 하여금 공소외 3에게 1,000만 원을 공여하게 한 일시를 2003. 5.경에서 2004. 봄으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고 이 법원은 제3자뇌물제공의 포괄일죄로 기소된 공소사실 중 일부 금원의 교부 일시의 변경을 내용으로 하는 공소장변경 신청에 대하여 이를 허가하였으므로, 이 부분 및 이와 포괄일죄의 관계에 있는 2003. 7. 31.자 제3자뇌물제공 부분에 대한 제1 원심판결의 무죄부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

(2) 피고인 5로부터 받은 400만 원에 대한 뇌물수수의 점

검사는 피고인 1이 직무에 관하여 피고인 5로부터 400만 원을 수수하였다는 뇌물수수의 점과 피고인 1이 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 공소외 3에게 3,000만 원을 제공하게 하였다는 제3자뇌물제공의 점을 포괄하여 1개의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)죄로 기소하였으나, 뇌물수수죄는 제3자뇌물제공죄와 실체적 경합범의 관계에 있다고 할 것인바, 위에서 본 바와 같이 제3자뇌물제공의 점에 대한 공소사실이 변경되었다는 이유로 뇌물수수의 점에 대한 제1 원심판결의 무죄부분을 직권으로 파기할 것은 아니므로, 이하에서 검사의 항소이유에 대하여 판단하기로 한다.

(가) 피고인 1의 주장

2003. 7. 30. 생일 무렵 '○○○' 식당에서 외환위기 때 국제금융과에서 같이 근무했던 사람들과 생일 모임을 하였는데, 당시 피고인 1, 5를 포함하여 8~9명이 있었다.

피고인 1에게 생일 선물을 가져다 준 사람은 3명밖에 없었다.

당시 피고인 5로부터 수표로 200만 원을 받은 바 없다.

또한 그 무렵에 피고인 5가 회식비 200만 원 상당을 대신 계산해 주거나 회식비 명목으로 200만 원을 준 적도 없다.

(나) 피고인 5 진술의 내용

피고인 5는 구속 전까지 피고인 1에 대한 금품공여사실을 전면 부인하였다가 2006. 11. 15. 구속된 직후 "2003. 7. 30. 피고인 1의 생일 무렵에 '○○○'이라는 식당에서 피고인 1의 생일파티를 한 적이 있는데, 위 식당에서 피고인 1에게 10만 원짜리 수표로 200만 원을 준 사실이 있다.

내가 비용을 부담하였기 때문에 비교적 정확히 기억을 하고 있다.

2층에 있는 방에서 식사와 함께 와인도 마시면서 모임을 가졌고 그 과정에서 봉투에 넣어간 200만 원을 피고인 1에게 준 것 같다.

두 번째로 돈을 준 장소와 시기가 정확히 기억이 나지 않지만, 청담동의 ◇◇ 혹은 □□ 식당에서 주었을 것으로 생각 된다"라고 진술하고(2006고합1342 사건의 증거기록 2108 내지 2110), 제2 원심 제1회 공판기일에서 "검사님이 수표 추적 결과 백여만 원이, 10만 원짜리 내 수표가 피고인 1을 통하여 사용된 것 같다고 말하여 기억이 나지 않는다고 했고, 시점이 7월말 경이라고 해서 피고인 1 생일 파티 때 주었을 가능성이 있다고 말했습니다.

그리고 회식비용 부분은 생일에 주었거나 회식비인지는 잘 기억 안 나지만 그거 한 것이 아니겠느냐고 말씀드렸고 그것도 마찬가지로 조서 정리가 수사에 협조하는 차원에서 뭐라고 하지 않고 넘어간 부분입니다.

제가 잘 기억이 안 난다고 말씀드렸고 그래도 가능성이 있는 것은 생일파티나 회식비용으로 준 것 아니겠느냐라고 말씀을 드렸습니다.

위 200만 원과는 별도로 □□ 식당에서 200만 원을 주지는 않았습니다"라고 진술하였으며(제2 원심 공판기록 84, 102), 제2 원심 제5회 공판기일에서 이 부분 공소사실을 다시 자백하면서 진술이 반복된 이유에 대하여 "그 당시에 마음의 상태를 다 말씀드리는 것이 좋겠다라는 생각이 되어서 말씀을 드립니다"라고 진술하였다(위 공판기록 252). 그 후 피고인 5는 제1 원심 제31회 공판기일에 "식사 후 자리를 와인 바로 옮겼는데, 12시경에 먼저 일어나면서 가수지망생 공소외 9에 대한 수고비와 술값 계산에 쓰라고 지갑에 있는 수표를 피고인 1에게 주었다.

회식비 200만 원은 저녁식사를 함께 한 것이 아니고 회식이 끝날 무렵에 합류하였고, 시간과 장소는 정확히 기억나지 않지만 리츠칼튼 호텔 언덕에서 내려와 사거리 부근 술집에서 술값을 계산하였다"라고 진술하고(제1 원심 공판기록 6217, 6222, 6223), 당심 법정에서 "생일 모임에서 자신이 먼저 나오면서 지갑에 있는 수표를 그 모임에 참석한 피고인 1이 아닌 다른 사람에게 주었다.

200만 원씩의 2회의 금품 공여에 대하여는 자신의 기억이 명확하지 않다"라고 진술을 반복하였다.

#### (다) 판단

형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 할 것이고, 그러한 의심을 배제할 수 없는 한 유죄 판결을 할 수는 없으며, 뇌물죄에 있어서 수뢰자로 지목된 피고인이 수뢰사실을 시종일관 부인하고 있고 이를 뒷받침할 금융자료 등 물증이 없는 경우에 증뢰자의 진술만으로 유죄를 인정하기 위하여는, 증뢰자의 진술이 증거능력이 있어야 함은 물론 합리적인 의심을 배제할 만한 신빙성이 있어야 하고, 신빙성이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 그 진술내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성 등 뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행 중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에까지 이르지 않는 경우에도 그로 인한 궁박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는지 여부 등도 아울러 살펴 보아야 한다( 대법원 2002. 6. 11. 선고 2000도5701 판결, 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도3798 판결 등 참조).

살피건대, 피고인 1과 피고인 5의 친분관계, 피고인 5가 소지하고 있던 2003. 7. 24.자 발행 10만 원 권 수표 3장, 2003. 8. 14.자 발행 10만 원 권 수표 3장, 2003. 8. 19.자 발행 10만 원 권 수표 3장이 피고인 1이 생일 모임에 불렀

던 가수지망생 공소외 9에 의해 사용된 점 등 피고인 5의 위 진술 내용을 뒷받침하는 사정들이 있으나, 피고인 5는 생일모임 부분에 대하여 피고인 1에게 돈을 주고 먼저 나왔다고 진술하였다가 피고인 1이 아닌 다른 사람에게 주었다고 진술을 번복하고, 회식비 부분에 대하여 돈을 준 장소가 처음에는 ◇◇ 혹은 □□에서 □□로 확정되었다가 다시 술집으로 바뀌었고, 방법도 피고인 1에게 직접 주었다고 하다가 술값을 대신 지불하였다고 하는 등 진술이 수시로 번복되고 일관성이 없는 점, 피고인 5의 진술에 의하더라도 피고인 5가 피고인 1이 없는 자리에서 공소외 9를 부른 적도 있고, 피고인 1과 같이 있는 자리에서 피고인 1이 공소외 9에게 수고비를 준 적은 없고 피고인 5가 수고비를 주었으며, 직접 수고비를 준 적이 4차례 이상은 된다는 것이어서, 피고인 5가 피고인 1에게 교부한 수표 중 일부를 피고인 1이 다시 공소외 9에게 교부하였다고 단정하기 어려운 점, 공소외 10, 11은 당시 생일 선물을 준 사람은 아무도 없었고 피고인 5가 먼저 일어나지도 않았으며 오후 11시가 못 되어 다 함께 모임을 마쳤다는 취지로 진술하고, 공소외 191의 이메일에 의하더라도 피고인 1의 생일모임은 11시쯤 끝났다는 것이어서 피고인 5의 진술과 일치하지 않는 점, 피고인 5의 진술에 의하더라도 회식비가 정확히 200만 원이라는 취지는 아니어서 회식비의 액수가 정확히 200만 원이 되었을 것이라고 단정할 수 없는 점 등의 사정에 비추어 보면, 피고인 5가 피고인 1에게 400만 원을 교부 내지 지급하였다는 취지의 진술은 수사관의 의도에 영합하여 별건(알선수재, 조세범처벌법위반)에서 유리한 결과를 얻으려는 동기에서 비롯된 것일지도 모른다는 의심을 배제할 수 없어 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

### (3) 피고인 5로부터 받은 774만 원에 대한 부정처사후수뢰의 점

살피건대, 형법 제131조 제2항은 '공무원 또는 중재인이 그 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속하거나 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여를 요구 또는 약속한 때'에 처벌한다고 규정하고 있는바, 아래의 피고인 1에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단에서 보는 바와 같이 피고인 1이 론스타의 외환은행 인수와 관련하여 '직무상 부정한 행위'를 하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

한편 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 공소가 제기된 범죄사실에 포함된 보다 가벼운 범죄사실이 인정되는 경우에 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는 공소장이 변경되지 않았더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 공소사실을 인정할 수 있고( 대법원 1997. 11. 14. 선고 97도1889 판결 참조), 뇌물수수죄는 부정처사후수뢰죄와 동일성이 인정되고 공소제기된 범죄사실에 포함되어 있으므로 뇌물수수죄가 성립하는지 여부에 대하여 살펴본다.

피고인 5는 검찰에서 " 피고인 1이 자동차대금의 10% 할인된 금액을 보내와서 이를 현대자동차에 송금하였고, 현대자동차에서는 피고인 5의 고등학교 선배인 공소외 12 명의 통장을 통해 피고인 5의 계좌로 자동차대금의 20%에 해당하는 774만원을 송금해 주었다.

피고인 5는 위 금액에 해당하는 현금 774만 원을 다른 데서 만들어, 주말 저녁 9시경 피고인 1을 만나자고 해서, 피고인 1의 주거지 근처인 올림픽아파트 앞 창덕여고 입구의 조그마한 개울이 있는 다리 부근에서 피고인 1을 만나 5 내지 10분 함께 있으면서 위 돈을 전달하였다"라고 진술하였다가, 당시법정에 이르러 위 774만 원은 자동차대금 2,581만 원의 20%가 아니라 약 30%(29.9%)라는 지적을 받게 되자, " 피고인 1로부터 자동차대금의 90%를 받아 피고인 5의 돈으로 자동차대금의 10%를 합하여 자동차대금 100%를 현대자동차에 입금하였다가, 자동차대금의 약 30%인 774만 원을 현대자동차로부터 돌려받아 피고인 1에게 자동차대금의 20%에 해당하는 금액을 돌려주었다"라고 진술을 반복하였다.

그런데 여러 차례에 걸쳐 금원을 제공하였다고 주장하는 사람의 진술을 신뢰할 수 있는지에 관하여 심사해 본 결과 그 중 상당한 금원 제공 진술 부분을 그대로 믿을 수 없는 객관적인 사정 등이 밝혀짐에 따라 그 부분 진술의 신빙성을 배척하는 경우라면, 여러 차례에 걸쳐 금원을 제공하였다는 진술의 신빙성은 전체적으로 상당히 허물어졌다고 보아야 할 것이니, 비록 나머지 일부 금원 제공 진술 부분에 대하여는 이를 그대로 믿을 수 없는 객관적 사정 등이 직접 밝혀지지 않았다고 하더라도, 여러 차례에 걸쳐 금원을 제공하였다고 주장하는 사람의 진술만을 내세워 함부로 나머지 일부 금원 수수 사실을 인정하는 것은 원칙적으로 허용될 수 없다고 보아야 한다.

나머지 일부 금원 수수 사실을 인정할 수 있으려면 신빙성을 배척하는 진술 부분과는 달리 이 부분 진술만은 신뢰할 수 있는 근거가 확신할 수 있을 정도로 충분히 제시되거나, 그 진술을 보강할 수 있는 다른 증거들에 의하여 충분히 뒷받침되는 경우 등 합리적인 의심을 해소할 만한 특별한 사정이 존재하여야 한다( 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008도 8137 판결).

살피건대, 피고인 5가 피고인 1에게 교부한 금원의 액수 및 현대자동차에 송금한 자동차대금의 출처에 관하여 진술이 일관되지 못한 점, 피고인 5는 공소외 12가 송금한 통장이 아닌 가지고 있던 현금을 피고인 1에게 교부하였다고 하면서도 그 자금의 출처를 명확히 제시하지 못하고 있는 점, 부피가 상당히 되는 현금을 올림픽아파트 근처 개울이 있는 다리 부근에서 교부하였다는 것으로 그 교부 장소 및 교부 방법이 이례적인 점, 위 (2)항에서 본 바와 같이 피고인 5가 피고인 1에게 400만 원을 교부하였다는 진술의 신빙성이 없어 이 부분 피고인 5 진술의 신빙성도 전체적으로 상당히 허물어졌다고 보아야 할 것인 점 등에 비추어 보면, 피고인 5가 피고인 1에게 2004. 7.경 774만 원을 교부하였다는 취지의 진술은 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 검사의 주장은 이유 없다.

#### (4) 외환은행으로부터 받은 이익에 대한 사후수뢰의 점

살피건대, 형법 제131조 제3항은 '공무원 또는 중재인이었던 자가 그 재직 중에 청탁을 받고 직무상 부정한 행위를 한 후 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때'에 이를 처벌한다고 규정하고 있는바, 아래의 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 판단에서 보는 바와 같이 피고인 1이 론스타의 외환은행 인수와 관련하여 '직무상 부정한 행위'를 하였다고 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.



가사 그렇지 않다고 하더라도, 제1 원심은, 공소외 198 주식회사 및 공소외 118의 설립 경위 및 출자자의 구성, 외환은행 출자 유치경위를 상세히 실시한 후, 외환은행 이외에도 12개 금융기관 및 주식회사 씨제이에서 공소외 118 주식회사에 출자하였고, 외환은행보다 출자금액이 큰 금융기관도 6개에 이르는 점, 외환은행의 출자 시기가 다른 금융기관보다 먼저였다고 보기 어렵고, 공소외 13은 검찰에서 우리은행 등 타행의 출자 결정이 외환은행의 출자 결정에 영향을 주었다는 취지로 진술하고 있는 점, 외환은행의 출자조건에는 대주주 변경 시 미실행 출자 약정 분의 실효 특약이 포함되어 있어 다른 은행의 출자조건보다 공소외 118 주식회사에 불리한 점, 외환은행의 출자결정은 장단점을 여러 차례 평가한 후에 신중하게 이루어진 점, 공소외 14 작성 이메일의 내용만으로는 피고인 1이 론스타의 외환은행 인수에 있어 론스타에 유리한 행위를 하였다고 보기 어렵고, 피고인 1이 론스타의 외환은행 인수와 관련하여 직무상 부정한 행위를 하였다고 인정하기 어려운 점 등을 종합하면, 외환은행의 공소외 118 주식회사에 대한 출자는 피고인 1이 금정국장으로서 론스타에 유리한 행위를 한 대가로 이루어진 것이 아니라, 웨커 행장 등 외환은행 경영진이 공소외 118 주식회사의 능력이나 손익관계 등을 평가하는 한편 외환은행의 상황, 다른 금융기관의 태도 등 여러 가지 사정을 종합하여 결정한 경영상 판단에 의하여 이루어진 것이라고 볼 수 있어 피고인 1의 직무와 관련이 없다고 판단하였는바, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 대조하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없다.

따라서 이 부분 검사의 주장은 이유 없다.

다.

검사의 피고인 2에 대한 나머지 항소이유에 대하여

(1) 외환은행으로부터 받은 15억 8,400만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 2는 2002. 4.경 외환은행의 임시주주총회에서 3년 임기의 은행장으로 선임된 사실, 론스타와 외환은행 사이에 본 계약이 체결된 2003. 8. 27. 직후 피고인 2는 론스타의 공소외 15로부터 행장직에 유임된다는 취지의 언급을 받은 바 있으나, 신주 및 구주대금 납입기일 며칠 전인 2003. 10. 27.경 공소외 15는 경영진 교체 및 피고인 2에 대한 유임 불가 의사를 통보한 사실, 피고인 2는 2003. 10. 31. 공소외 15와 사이에 론스타가 외환은행의 주주로서 외환은행으로 하여금 성과급, 퇴직금, 특별공로금, 고문 위촉계약금 등의 지급 내용을 준수하도록 관련 법령, 외환은행의 규정 및 관행에 따라 가능한 지원을 피고인 2에게 제공한다는 내용의 경영고문료 및 성과급 지급에 관한 계약을 체결한 사실, 그 후 피고인 2는 2003. 11. 3. 외환은행과의 사이에 경영고문계약을 체결하였고, 같은 날 임시이사회에서 퇴임한 사실, 이에 따라 피고인 2는 2003. 11. 18. 퇴직금 205,833,333원을 받은 이외에 추가로 2004. 1. 16. 성과급 702,000,000원, 2003. 11. 21.부터 2004. 5. 24.까지 7회에 걸쳐 경영고문료로 매월 24,500,000원을 지급받고, 2004. 5. 27. 경영고문계약을 해지한 후 2004. 8. 20. 및 2004. 9. 21. 각 236,000,000원, 2005. 1. 21. 238,500,000원 합계 15억 8,400만 원을 지급받은 사실을 인정할 수 있다.

타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받은 이상 그 후 사직으로 인하여 그 직무를 담당하지 아니하게 된 상태에서 재물을 수수하게 되었다 하더라도 그 재물 등의 수수가 부정한 청탁과 관련하여 이루어진 것

이라면 배임수재죄는 성립하고( 대법원 1997. 10. 24. 선고 97도2042 판결), 공무원의 경우에도 재직 중에 청탁을 받고 직무상 부정행위를 한 이상 사직 후에 재물을 수수하게 되었다 하더라도 사후수뢰죄가 성립한다.

그 이유는 사직 후의 수재행위라도 재직 중에 부정한 청탁을 받거나 청탁을 받고 부정한 행위를 한 이상 가벌성이 소멸되었다고 보기 어렵고, 처벌의 범위가 불명확하게 되는 것을 방지하기 위하여 직무관련성 요건 외에 재직 중에 부정한 청탁을 받거나 청탁을 받고 부정한 행위를 한 것을 구성요건으로 추가하고 있기 때문이다.

그런데 금융기관의 임직원의 직무에 관한 수재행위는 공무원의 직무에 관한 수뢰죄와 그 구성요건이 유사하나 사후수뢰죄와 같이 금융기관 임직원의 신분을 상실한 후에 수재하는 행위를 처벌하는 규정은 없는 점, 배임수재죄에서와 같은 부정한 청탁을 필요로 하지 않는 점, 금융기관의 임직원이 직무와 관련하여 금품 기타 이익 수수를 약속하고 퇴직 후 이를 수수하는 경우에는, 금품 기타 이익 요구·약속과 수수가 시간적으로 근접하여 연속되어 있다고 하더라도, 금품 기타 이익 요구·약속죄가 성립할 수 있음은 별론으로 하고, 수재죄는 성립하지 않는 점( 대법원 2008. 2. 1. 선고 2007도5190 판결 참조)에 비추어, 수재죄의 주체는 현재 금융기관 임직원의 직에 있는 자에 한정된다고 할 것이고, 검사의 주장과 같이 사직 후의 수재행위도 배임수재죄에서와 마찬가지로 수재죄가 성립한다고 해석하는 것은 형벌법규의 명확성 원칙에 반하거나 죄형법정주의에 의하여 금지되는 확장해석 내지 유추해석에 해당하여 부당하다.

가사 수재죄가 성립한다 하더라도 제1 원심이 적절히 판시하고 있는 바와 같이 피고인 2가 공소외 15와 만나거나 론스타 측과 가격 협상 등을 진행함에 있어 론스타 측에 일방적으로 유리한 협상을 하였다거나 그 과정에서 위법·부당한 행위가 이루어졌다고 볼 만한 사정이 없으며, 공소외 16의 '보너스' 등 진술 부분만으로는 피고인 2의 위법·부당한 행위가 있었다고 보기에는 부족한 점, 피고인 2의 사임은 형식적으로는 자발적 사임이지만 외환은행을 인수한 론스타가 사임을 종용한 것으로서 실질적으로는 비자발적 사임 내지 해임이라고 볼 수 있는 점, 상법 제385조 제1항 후문에 의하면, 이사의 임기를 정한 경우 정당한 이유 없이 그 임기 만료 전에 이를 해임한 때에는 회사에 대하여 해임으로 인한 손해의 배상을 청구할 수 있는바, 피고인 2가 잔여임기 1년 6개월 동안 받을 수 있었을 기본급, 예상되는 상여금, 스톡옵션 등을 고려하면 경영고문료 내지 성과급으로 지급받은 15억 8,400만 원보다 많을 가능성이 있다고 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2에 대한 경영고문료 및 성과급 지급이 피고인 2가 외환은행 행장으로 재직할 당시 론스타에 유리한 행위를 한 대가로 이루어졌다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## (2) 피고인 4로부터 받은 2,000만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 제1항의 수재죄는 금융기관의 임직원이 그 직무에 관하여 금품 등을 수수한 때에 적용되는 것으로서, 이와 별도로 위 법 제5조 제2항에서 금융기관의 임직원이 그 직무에 관하여 부정한 청탁을 받고 제3자에게 금품 등을 공여하게 한 때에는 제3자수재죄로 처벌하도록 규정하고 있는 점에 비추어 보면, 금융기관의 임직원이 직접 금품 등을 받지 아니하고 증재자로 하여금 다른 사람에게 금품 등을 공여하도록 한 경우

에는, 그 다른 사람이 금융기관의 임직원의 사자 또는 대리인으로서 금품 등을 받은 경우나 그 밖에 예컨대, 평소 금융기관의 임직원이 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어서 그 다른 사람이 뇌물을 받음으로써 금융기관의 임직원은 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 금품 등을 받은 것을 금융기관의 임직원이 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에 한하여 위 제5조 제1항의 수재죄가 성립한다( 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1234 판결, 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결 등 참조).

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 4가 2003. 5. 초순경 피고인 2의 형인 공소외 4에게 생활비 명목으로 2,000만 원을 교부한 사실, 피고인 4는 " 피고인 2로부터 피고인 2 자신이 모를 모시지 못하고 경제적으로 어려운 형 공소외 4가 어머니를 모시는 것에 대하여 부담을 느끼고 공소외 4를 도와주었으면 좋겠다는 취지의 말을 듣게 되자, 공소외 4를 도와주면 피고인 2에게 금원을 교부하는 것보다 오히려 효과가 좋겠다고 판단하여 2003. 5. 초순경 공소외 4에게 2,000만 원을 교부하였다"라는 취지로 진술하고 있는 사실은 인정할 수 있으나, 한편, 피고인 2의 큰형인 공소외 17과 피고인 2가 필요한 비용을 분담하고 간병인을 두어 모를 부양하였는데, 공소외 4는 모와 함께 생활하지 아니하였으며, 다만 공소외 4의 내연녀인 공소외 18이 잠시 피고인 2의 모를 돌보았던 것에 불과한 점, 피고인 2는 공소외 4와 이 사건 무렵 장기간 만나지 아니하는 등 관계가 소원하였던 점 등의 사정에 비추어 보면, 공소외 4가 피고인 2의 사자 또는 대리인이라고 볼 수 없고, 또한 피고인 2가 공소외 4에 대하여 채무를 부담하고 있었다거나 공소외 4가 피고인 4로부터 2,000만 원을 수수함으로써 피고인 2가 그만큼의 지출을 면한 것이라고 볼 수 없으므로, 제3자수재죄가 성립할 여지가 있음은 별론으로 하고 수재죄에 해당한다고 볼 수 없으며, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

### (3) 양형부당

피고인 2는 외환은행의 은행장으로서 금융기능을 수행하는 과정에서 정상적인 경비로 처리할 수 없는 현금성 경비를 사용한다는 명목으로 은행에 용역 등을 제공하는 납품업체들을 상대로 조직적, 정기적으로 현금 및 상품권을 대가로 요구하여 4억 6,900만 원이라는 거액의 비자금을 조성하고, 개인적인 청탁을 하는 피고인 4로부터 6,000만 원을 수수한 것으로 그 죄질이 불량하다.

그러나 피고인 2는 아무런 처벌을 받은 전력이 없는 점, 그동안 금융인으로서 비교적 성실하게 업무를 수행하여 왔던 점, 피고인 2가 은행장으로 취임하기 이전부터 현금성 경비를 조달하는 관행이 존재하였고, 조성된 비자금 중 피고인 2가 사용한 금원은 9,700만 원에 지나지 아니한 점, 피고인 2가 피고인 4로부터 금원을 수수한 후 실제 부정한 행위에까지는 나아가지 아니한 점, 그 밖에 이 사건 각 범행의 동기와 경위, 피고인 2의 나이, 가족관계, 성행, 범행 후의 정황 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합하여 보면, 원심이 피고인 2에게 선고한 형은 적정하고 그것이 너무 가벼워 부당하다고 할 수 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라. 검사의 피고인 5에 대한 항소이유에 대하여

(1) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(알선수재)의 점

(가) 피고인 5의 주장

피고인 5가 론스타 측으로부터 외환은행 인수자격과 관련하여 은행법의 해석에 관한 자문을 의뢰받고, 그에 따라 피고인 1을 만나 은행법상 예외조항의 해석에 관한 론스타의 입장을 설명하고 설득하였고, 성공조건부 후불약정에 따라 105만 달러의 자문료를 피고인 5의 홍콩계좌와 미국계좌로 송금받은 사실은 있으나, 피고인 5의 위 설명·설득행위는 변호사의 적법한 업무활동범위에 포함되므로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조나 변호사법 제111조의 구성요건에 해당하지 않는다.

가사 위 행위가 위 구성요건에 해당한다 하더라도 이는 변호사법에 의한 적법한 자문활동인 이상 형법 제20조의 법령에 의한 정당행위로서 위법성이 조각된다.

또한 105만 달러 중에는 2003년에 있었던 론스타의 세무조사 관련 자문에 대한 대가도 포함되어 있다.

(나) 관련 법리

특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3조에서 정하고 있는 알선수재죄는 공무원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 등을 수수함으로써 성립한다.

알선수재죄의 '알선'이라 함은 "일정한 사항에 관하여 어떤 사람과 그 상대방의 사이에 서서 중개하거나 편의를 도모하는 것"을 의미하므로 어떤 사람이 청탁한 취지를 상대방에게 전하거나 그 사람을 대신하여 스스로 상대방에게 청탁을 하는 행위도 위 조항에서 말하는 '알선'행위에 해당한다( 대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결 참조). 알선수재죄의 행위 주체에는 제한이 없으므로 그 청탁, 알선의 대가로 금품을 수수한 자가 변호사의 자격이 있는 경우에도 알선수재죄가 성립할 수 있다.

그러나 다른 한편으로, 변호사법 제2조는 변호사의 지위에 관하여 "변호사는 공공성을 지닌 법률전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 행한다.

"고 규정하고, 제3조는 그 직무에 관하여 "변호사는 당사자 기타 관계인의 위임 또는 국가·지방자치단체 기타 공공기관의 위촉 등에 의하여 소송에 관한 행위 및 행정처분의 청구에 관한 대리행위와 일반 법률사무를 행함을 그 직무로 한다.

"고 규정하고 있다.

여기서 '대리'는 민·형사 소송에서의 그것과 반드시 개념범위가 동일한 것으로 볼 수 없고, 법률사건 즉 법률상의 권리, 의무에 관하여 다툼이나 의문이 있거나 새로운 권리의무관계의 발생에 관한 사건 일반에 있어서, 본인을 대신하여 사건을 처리하는 제반행위로서 분쟁처리에 관한 사실행위를 포함하는 것으로 이해함이 상당하다( 대법원 1995. 2. 14. 선고 93도3453 판결 참조). 따라서 '행정청구사건의 대리'를 행한다고 함은 청구서 및 근거·설명 자료의 작성과 아울러 해당 공무원과 대면하여 설명·설득하는 행위를 포함한다.

그렇다면, 변호사의 직무행위는 제3자를 대리하여 법률사무를 행하는 직무의 성격상 알선수재죄의 알선행위에 해당할 여지가 있어서, 알선수재죄와 변호사의 직무행위 사이에 법률적 충돌이 발생할 수 있다.

그런데, 변호사 지위의 공공성과 직무범위의 포괄성에 비추어 볼 때, 원칙적으로 변호사가 행정처분의 청구에 관한 대리사건을 정식으로 수임하여 공무원을 만나서 공무원에게 의뢰인의 의견이나 입장을 설명, 설득하는 행위는, 전문법률지식을 활용하여 사회통념상 정상적인 절차와 방법에 따라 법률사건처리에 관한 업무를 수행하는 것이라면, 변호사의 직무행위라고 봄이 상당하다.

다만, 금품 등의 수수의 명목이 변호사의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가할 수 있는 경우에 한하여 특가법 제3조 위반죄가 성립된다고 해석함이 상당하다( 대법원 2007. 6. 28. 선고 2002도3600 판결 참조).

금품 등의 수수의 명목이 변호사의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가할 수 있는 경우로는 ① 공무원에게 금품·향응 등 뇌물을 제공하는 방법을 내세워 청탁하는 명목으로 금품을 수수하는 경우, ② 청탁의 내용이 위법, 부당한 직무처리라는 사정을 알면서도 그러한 청탁을 하는 명목으로 금품을 수수하는 경우, ③ 선임의 경위와 의뢰내용에 비추어 전문법률지식의 활용이 아니라 전적으로 친분관계를 이용하여 청탁을 하는 명목으로 금품을 수수하는 경우가 이에 해당한다고 볼 수 있다.

그러한 경우에는 금품수수의 명목이 변호사로서의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가되므로 설령 변호사의 자격이 있고 외형상 선임계약이 있었던 경우라고 하더라도 알선수재죄가 성립한다고 봄이 상당하다.

한편, 위 ③의 경우와 관련해서 앞서 본 보호법익과 관련된 알선수재죄의 규범적 기능에 비추어 보면, 전적으로 친분관계를 이용하는 청탁 내지 알선이라 함은 의뢰인이 원하는 처분이나 결정 등을 얻기 위하여 공무원과의 친분 내지 사적인 인간관계에 전적으로 의존하여 해당 공무원으로 하여금 적법·공정한 판단이 아닌 사사로운 판단을 유인하는 행위를 말한다고 볼 수 있다.

만약 공무원과의 친분관계의 이용이 이와 같은 정도에 이르지 아니하고 단순히 공무원을 직접 만나서 해당 수임사건에 관하여 의뢰인 측이 주장하는 사실관계와 의견을 공무원에게 설명하고 공무원을 설득하는 기회를 손쉽게 마련하기 위하여 공무원과의 친분관계를 이용하는 정도에 불과하다면 그것이 해당 공무원의 처신에 있어서 부적절하다고 볼 여지는 있을 수 있겠지만 피고인이 의뢰인으로부터 금품을 수수하는 명목이 변호사로서의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가할 정도에 해당한다고 보기는 어렵다고 할 것이다.

#### (다) 판단

제2 원심은, ① 미화 105만 달러가 성공조건부 후불약정이었던 점에 비추어, 피고인 5가 피고인 1에게 뇌물을 주거나 접대를 한다는 명목으로 105만 달러를 수수하였다고 보기 어렵고, ② 피고인 5가 피고인 1에게 론스타 측에 외환은행 주식의 매각가격을 부당하게 저가로 해 달라거나, 인수조건을 부당하게 수락하게 해 달라거나, 위법 또는 부당하게 인수자격을 부여해 달라고 청탁하였다고 보기 어려운 점, 정부 내에서 이 사건 협상업무를 주관하는 재경부 금융정책국장의 지위에 있는 피고인 1이 업무와 관련하여 공식적인 자리가 아니더라도 상대방 측의 의견을 듣고 논의를 하는 것이 행정업무 처리의 측면에서 문제라고 보기 어려운 점 등의 사정에 비추어 피고인 5가 청탁의 내용이 위법·부당한 직무처리라는 사정을 알면서도 그러한 청탁을 하는 명목으로 론스타로부터 금품을 수수하였다고 보기 어려우며, ③ 피고인 5가 미국 캘리포니아주 변호사로서의 자격과 사건처리 경험, 영어에 대한 언어능력, 현대자동차 법무실장으로서의 기업 법무 경험과 M&A 및 세무사건 등의 처리경험을 가지고 있는 점, 외환은행 인수자격

승인에 관한 론스타의 방안들에 대하여 독자적으로 법률의견서 등의 자료를 작성한 바는 없지만 공소외 16과 의논하고 법적 의견을 덧붙일 수 있는 정도의 지식을 갖추고 있었던 점, 직무를 행하는 내용에 있어서도 김앤장 법률사무소가 작성한 서류를 구두로 보충하여 설명함에 있어서 기업관계 자문 변호사로서의 전문적인 지식과 경험이 동원되었다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 피고인 5가 피고인 1과의 만남의 자리를 마련하거나 설명을 경청할 수 있는 측면에서 친분을 이용하는 정도에 불과하므로 피고인 5의 금품수수 명목이 청탁알선을 함에 있어서 전적으로 친분관계를 이용하는 경우에 해당한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

덧붙여 보건대, 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인 1과 공소외 15를 모두 알고 있던 피고인 5가 공소외 15의 부탁에 따라 2003. 5.초 이후 수회 피고인 1과의 식사자리를 마련하고 그 자리에 동석하여 피고인 1과 공소외 15의 대화를 들은 사실이 있을 뿐, 피고인 5는 당시 그 계약 내용을 몰랐기 때문에 구체적인 인수 조건에 대하여 청탁할 수도 없거니와 당시는 성공조건부 후불의 자문계약이 체결되기 전이었으므로 피고인 5가 구체적인 인수조건에 관하여 피고인 1에게 청탁할 이유가 없는 것으로 보이는 점, 인수조건에 관하여 자문을 하였다 하더라도 통상 회사 인수계약 체결을 위해서는 법률적 문제뿐만 아니라 매매대금의 적정성, 콜 옵션 조항, 드래그 얼롱 조항, 태그 얼롱 조항 등 구체적인 계약조건에 대하여 조언을 하는 경우가 다반사이며, 인수조건은 인수계약 자체의 내용, 즉 인수계약 당사자의 권리·의무관계에 직접적인 영향을 미치는 법률적인 문제에 해당하여 이 또한 법률 자문의 범위로 보아야 하는 것으로 보이는 점, 피고인 5가 현대해상화재보험 주식회사의 대표이사로 취임한 것은 2004년 12월이어서 이 사건 자문 당시 변호사로 활동하고 있었던 점, 이 사건 공소사실에 의하더라도 론스타와 성공조건부 후불약정으로 자문계약을 체결한 것으로 되어 있고, 론스타의 법률고문인 공소외 16은 론스타의 재무자문사 Salomon, Smith & Barney(Citi Group의 자회사, 후에 Citi Group과 합병, 이하 'SSB'라고 한다)의 공소외 19에게 보낸 이메일에서 "이번 프로젝트에서 핵심적인 역할을 한 변호사, 피고인 5를 데려가겠다"라고 하기도 한 점 등에 비추어 보면, 피고인 5가 의뢰인인 론스타로부터 금품을 수수하는 명목이 변호사로서의 지위 및 직무범위와 무관하다고 평가할 정도에 해당한다고 볼 수 없으므로 제2 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

## (2) 뇌물공여의 점

이 사건 공소사실의 요지는, 피고인 5가 피고인 1로부터 자신의 동생 공소외 3에게 금원을 교부해 달라는 요구를 받고 이를 승낙한 뒤 공소외 3에게 2003. 5. 일자불상경 또는 2004. 봄(선택적 공소사실)에 1,000만 원을 교부하고 2003. 7. 31. 2,000만 원을 송금하여 직무상 부정한 청탁의 대가로 제3자에게 3,000만 원의 뇌물을 공여하고, 피고인 1에게 직무의 대가로 400만 원의 뇌물을 공여하고, 피고인 1에게 직무상 부정한 행위의 대가로 774만 원의 뇌물을 공여하였다는 것이다.

먼저 직무상 부정한 청탁의 대가로 제3자에게 3,000만 원의 뇌물을 공여한 점은, 아래의 피고인 1의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점에 대한 무죄부분에서 보는 바와 같이 2003. 5.경 또는 2004. 봄에 1,000만 원을 교부

하였다는 피고인 5 진술의 신빙성이 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으며, 2,000만 원 송금 부분도 투자 계약체결에 의한 이익을 뇌물로 보게 되므로 2,000만 원 그 자체가 뇌물이라는 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

다음 400만 원 및 774만 원의 뇌물공여 부분도 위의 피고인 1의 뇌물수수, 부정처사후수뢰의 점에 대한 제1 원심판결의 무죄부분에 대한 검사의 항소이유에 대한 판단에서 보는 바와 같이 피고인 5 진술의 신빙성이 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 이를 모두 무죄로 인정한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

### (3) 조세범처벌법위반의 점

제2 원심은, 피고인 5가 평소 업무상 이유로 미국에 자주 왕래하는 편이고, 미국 워싱턴 뮤추얼 बैं크의 피고인 5 명의 (번호 생략) 계좌에 입금된 돈을 미국에 거주하는 장인 부부의 계좌로 송금한 점, 홍콩 HSBC 피고인 명의의 계좌의 돈은 홍콩에 생활 근거를 갖고 있는 지인에게 증여하기 위하여 지인의 계좌로 이체한 점에 비추어 해외 계좌를 이용한 것이 단순히 소비의 편의를 위해서였다고 볼 여지가 있고, 피고인 5가 미화 105만 달러를 송금받은 외국 금융기관의 계좌가 피고인 5의 실명으로 개설된 계좌인 점, 론스타에서는 위 보수지급의 관계서류 및 회계처리가 정식으로 이루어졌고 금원이 송금된 계좌와 액수가 기재된 실명의 청구서가 국내에 보관되어 있었던 점, 수사기관의 위 청구서 압수와 국제수사공조 절차 및 론스타의 협조에 의해 피고인 5의 위 소득이 발견된 점에 비추어, 피고인 5의 행위를 가리켜 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위라고 보기 어렵다고 판단하였다.

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들과 대조하여 살펴보면, 제2 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 검사의 주장과 같은 사실오인의 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

마. 피고인 2의 항소이유에 대하여

#### (1) 공소외 5 등으로부터 받은 4억 6,900만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이고, 이와 같은 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있으며( 대법원 1988. 4. 12. 선고 87도2368 판결, 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결

등 참조), 공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다( 대법원 2006. 12. 22. 선고 2006도1623 판결 등 참조).

또한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조 소정의 수재의 공모공동정범에 있어서, 공범자들 사이에 그 알선 등과 관련하여 금품이나 이익을 수수하기로 명시적 내지 암묵적인 공모관계가 성립하고 그 공모 내용에 따라 공범자 중 1인이 금품이나 이익을 수수하였다면, 사전에 특정 금액 이하로만 받기로 약정하였다는가 수수한 금액이 공모 과정에서 도저히 예상할 수 없는 고액이라는 등과 같은 특별한 사정이 없는 한, 그 수수한 금품이나 이익 전부에 관하여 위 각 죄의 공모공동정범이 성립하는 것이며, 수수할 금품이나 이익의 규모나 정도 등에 대하여 사전에 서로 의사의 연락이 있거나 수수한 금품 등의 구체적 금액을 공범자가 알아야 공모공동정범이 성립하는 것은 아니라고 할 것이다( 대법원 2003. 5. 30. 선고 2003도1137 판결 등 참조).

살피건대, 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 외환은행의 경영전략부장 공소외 2는 제1 원심법정에서 "2002. 5.경 미래전략추진실장으로 임명된 후 적기시정조치가 해제된 외환은행이 대외적인 영업활동도 적극적으로 하고, 정부와의 관계도 원만하게 유지하기 위해서는 행장이나 비서실, 공소외 2도 비자금이 필요하다고 생각하였다.

그래서 2002. 5.경 내지 6.경 피고인 2에게 '행장으로서 법인카드로 쓸 수 없는 돈들이 있는데 작게는 돈이 많이 들어가는 식사비가 있고, 크게는 관 쪽 접대할 때 사례금이 필요한데 지금까지는 총무부를 통하여 경비를 조달해 써왔던 것으로 알고 있습니다.

앞으로도 그렇게 하면 되지 않겠습니까. 저도 경비가 필요할 때는 그렇게 하겠습니다'라는 취지로 보고하였고, 피고인 2가 그렇게 하라고 말하면서 '비서실장과 상의하여 처리하라'라고 하였다.

피고인 2의 측근인 공소외 2 이외의 사람들이 피고인 2에게 비자금 이야기를 꺼내기는 곤란하다고 생각했기 때문에 피고인 2에게 총무부를 통한 비자금 조성에 대해 이야기를 꺼내었다.

총무부를 통한 비자금 조성은 공소외 1 총무부장 이전부터 관행적으로 있어 왔던 일이어서 비서실장 공소외 20에게 피고인 2와의 대화를 전하였더니 공소외 20이 '그렇지 않아도 어떻게 해야 할지 고민이었는데 잘 되었다'라고 하였고, 공소외 2가 다시 '너와 내가 사용할 용도가 다를 테니, 총무부장에게 말하여 각자 돈을 조달하도록 하자'라고 하였더니 공소외 20도 동의를 하였다.

그 후 공소외 1 총무부장에게 피고인 2와의 말을 전하고 경비를 조달해 달라고 요청하였더니 공사실적이 있어야 하니 시간이 필요하다고 하였고, 그 후 공소외 1로부터 돈을 받았다"라고 진술한 점( 병합 전 2006고합1295 사건의 공판 기록 546 내지 548), 공소외 1은 제1 원심법정에서 "2002. 6.말경 공소외 2가 '행장께서는 말씀드렸으니까 조금씩 할 수 있는 범위 내에서 좀 도와 달라'고 말하였다.

공소외 1은 2002. 12.경부터 2003. 1.경 사이에 피고인 2에게 자산관리결재를 받으러 들어갔다가 ' 공소외 2 실장이 혹시 행장님이 필요할지 모르니 1억 원을 만들어 놓으라고 해서 업체에서 사례금 받은 것을 조금씩 모아서 6,500만원 정도를 만들어 놓았습니다'라고 말하였더니, 피고인 2가 '나는 안 들은 걸로 할테니까 돌려주어라'라고 말하였다



피고인 2로부터 위 비자금과 관련하여 돌려주었는지 확인하는 등 어떤 추가적인 지시도 받은 사실이 없고, 피고인 2가 제3자를 통해 지시를 하거나 현황을 확인하지 아니하였다"라고 진술한 점(위 공판기록 477 내지 482), 공소외 1은 당시 피고인 2가 비자금 조성사실에 놀랐다가보다는 총무부장이 임원실장을 거치지 아니하고 은행장에게 직접 금원을 교부한다는 것 자체에 대하여 부담을 느끼는 것으로 이해하였던 점, 공소외 1은 위와 같은 일이 있는 며칠 후 임원실장 공소외 21에게 업체로부터 받은 8,000만 원이 있으니 이를 전달하겠다고 말하면서 공소외 21에게 이를 교부하였고, 공소외 21은 별다른 말없이 이를 수령한 점, 공소외 21로부터 8,000만 원을 건네받은 임원실차장 공소외 22는, 공소외 21로부터 '금원의 출처는 알 필요 없고, 앞으로 현금지출예산이 마련되지 않으니까 이걸로 지출하라'는 지시를 받고, 2003. 5. 말경 위 8,000만 원이 소진될 때까지 그 금원을 현금성 경비로 사용한 다음 그 사용내역을 기재한 현금사용내역 2부(은행장용, 임원실장용)를 작성하여 다른 공식서류들과 별도로 보관·관리하였던 점( 2006고합1295 사건의 증거기록 1073 내지 1078), 비서실장 공소외 20은 제1 원심법정에서 " 공소외 2로부터 공소외 1이 피고인 2에게 비자금 보고한 건을 듣고 나서 얼마 후에 보고를 들어갔다가 말미에 ' 공소외 1 부장이 비자금을 조성했다가 행장님께 야단맞았다는 말을 공소외 2 실장으로부터 들어서 알고 있다'고 보고하였으나, 피고인 2는 아무런 반응을 보이지 않았다.

피고인 2로부터 공소외 1이 조성한 비자금을 돌려주었는지 확인해서 보고하라는 지시를 받은 사실이 없다.

피고인 2에게 법인카드로 상품권을 구입하여 현금화한 경위와 금액에 대하여 매월 예산집행내역을 보고하였다"라고 진술한 점(위 공판기록 257 내지 259), 외환은행은 은행장 등의 현금성 경비가 필요할 경우 법인카드로 상품권을 구입한 다음 이를 할인받는 방법으로 그 경비를 마련하는 관행이 있었는데, 2003. 1. 8. 감사원으로부터 같은 해 3.경 예정되어 있던 금융기관 집행실태 감사와 관련하여 2000. 1. 이후의 연도별 본점의 사용자별 업무추진비 집행현황에 관한 자료제출을 요구받고 임원 내부결제를 거쳐 그 자료를 제출할 무렵에는 외환은행 임.직원들 모두 그러한 관행이 문제된다는 것을 알고 있었는데, 피고인 2는 자신이 사용하는 현금성 경비의 출처에 관하여 임.직원들을 추궁한 바가 전혀 없는 점 등에 비추어 보면, 피고인 2는 외환은행 은행장으로서 비록 공사수행업체 및 납품업체 관계자들로부터 금원을 교부받아 비자금을 조성하는 행위 자체를 직접 분담하여 실행한 것은 아니라고 하더라도 공소외 1, 21, 2 등과 순차적으로 또는 암묵적으로 의사가 상통하여 위와 같은 범죄를 지시하거나 적어도 이를 묵인함으로써 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 등 범죄의 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 있었던 것으로 인정된다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 피고인 4로부터 받은 6,000만 원에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(수재)의 점

제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인 4는 검찰 이래 당심법정에 이르기까지 "2003. 2. 28. 서울 강남구 압구정동 소재 갤러리아 백화점에서 여성용 화장품 1세트를 구입하여 이를 배달받은 뒤 경리직원인 공소외 8을 통하여 그 화장품 가방 안에 자신의 금고에 보관 중인 현금 1,000만 원을 넣도록 하였고, 운전기사인 공소외 7이 그 가방을 싣고 자신과 함께 외환은행에 간 다음 자신이 혼자 외환은행장실에 들어가 피고인 2를 만나 공소외 200 주식회사가 외환은행에 전산장비를 납품할 수 있도록 도와달라는 취지의 부탁과 함께 그 가방을 교부하였는데 그에 대하여 피고인 2는 '그냥 와도 되는데 이런 걸 가지고 왔느냐'는

반응을 보였고, 또한 같은 해 6. 25. 당시 외환은행이 IBM의 서버를 선택하여야만 공소외 200 주식회사의 이익이 증대되는 상황이었으므로 이를 부탁하기 위하여 공소외 111 주식회사의 사장인 공소외 6, 경리직원인 공소외 8을 통하여 자신의 금고에 보관 중인 현금 5,000만 원을 쇼핑백에 넣도록 준비하고, 앞서와 마찬가지로 방법으로 피고인 2에게 직접 그 쇼핑백을 교부하였는데 피고인 2는 '지난 번 것도 고마운데 또 무슨 인사냐'라고 하였다"라는 취지로 일관되고 구체적으로 진술하고 있고, 피고인 4가 2003. 2. 28. 여성용 화장품을 구입한 사실이 확인되는 점, 공소외 201 주식회사의 사장인 공소외 6은 제1 원심법정에서 " 피고인 4가 2003. 6. 25. 오전 공소외 6에게 '오늘 외환은행장을 만나러 가는데 단정해야 하므로 사우나에 가서 이발 좀 하고 오겠다.

사우나 갔다 올 때까지 현금 5,000만 원을 들고 가기 편하게 포장 좀 해 달라'로 말하고, 출납담당 여직원 공소외 8에게 금고열쇠를 주면서 '최사장에게 5,000만 원을 내주라'고 하였고, 공소외 8은 그 지시에 따라 금고에서 1만 원 권으로 5,000만 원을 꺼내어 주었다.

공소외 6은 공소외 8로부터 받은 돈을 1,000만 원 권 두 다발을 세워 앞뒤로 놓고 그 옆에 1,000만 원 권 한 다발을 풀어 100만 원짜리 다발 5개씩을 세워놓은 다음 다시 그 옆에 1,000만 원 권 두 다발을 세워 앞뒤로 놓은 채 모조지로 감싸는 방법으로 포장하였다.

위와 같이 포장한 5,000만 원을 공항면세점에서 주는 큰 쇼핑백에 넣어 쉽게 운반할 수 있도록 만들었고, 사우나에서 돌아온 피고인 4에게 '현금을 포장해서 쇼핑백에 넣었습니다'라고 보고를 한 뒤 쇼핑백을 들고 주차장으로 가는 피고인 4를 따라가 피고인 4의 운전기사인 공소외 7에게 '회장님이 가지고 가실 물건이니 내리실 때 챙겨주라'고 하면서 건네주었다"라고 진술한 점( 병합 전 2006고합1295 사건의 공판기록 300, 301), 피고인 4의 운전기사인 공소외 7은 제1 원심법정에서 "외환은행 최초 방문시 경리직원 공소외 8로부터 '회장님이 조금 있다가 외환은행장을 방문하는데 가져가실 것이니 잘 보관하고 있으라'는 말과 함께 화장품 등이 든 쇼핑백을 받았다.

쇼핑백에 든 내용물은 잘 몰랐지만 화장품만 들어 있다고 보기에는 쇼핑백이 좀 묵직하였다.

2003. 6. 하순경 외환은행을 방문할 때 피고인 4를 수행하여 주차장까지 내려온 공소외 6 사장으로부터 쇼핑백 하나를 전달받았는데, 공소외 6은 '회장님 내리실 때 잘 챙겨 드려라'라고 이야기하였다"라고 진술한 점(위 공판기록 313), 피고인 4의 경리직원인 공소외 8은 제1 원심법정에서 " 피고인 4는 2003. 2. 하순경 화장품이 든 쇼핑백과 금고열쇠를 건네주면서, 현금 1,000만 원을 잘 포장해서 화장품과 같이 쇼핑백에 넣어 공소외 7에게 전해주라고 지시하였고, 2003. 6. 하순경 금고열쇠를 주면서 현금 5,000만 원을 공소외 6에게 주라고 하여 금고에서 1,000만 원 묶음 5개를 꺼내어 공소외 6에게 건네주었다.

1,000만 원과 5,000만 원을 꺼내어 준비한 시점과 금액을 기억하는 이유는 직접 1,000만 원을 포장했기 때문이고, 5,000만 원은 달리 큰 금액을 꺼낸 적은 없기 때문이다"라고 진술한 점(위 공판기록 597 내지 599) 등에 비추어 보면, 피고인 2가 피고인 4로부터 금융기관 임원의 직무에 관하여 금품을 수수하였다는 이 부분 공소사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장도 이유 없다.

바. 피고인 4의 항소이유에 대하여

피고인 4가 이 사건 범행을 시인하고 잘못을 뉘우치고 있는 점, 피고인 2에게 금원을 공여하고 실제 그로 인하여 직접 적 이익을 취하였다고 보이지 아니하는 점 등 그 정상에 참작할 사정이 있으나, 피고인 4는 자신이 운영하는 공소 외 200 주식회사의 납품문제를 부정한 금원을 공여하는 방법으로 해결하기 위하여 피고인 2에게 6,000만 원에 달 하는 거액을 공여한 점, 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 수단, 피고인 4의 나이, 가족관계, 성행, 범행 후의 정황 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합하여 보면, 원심이 피고인 4에게 선고한 형은 적정하고 그것이 너무 무거워 부당하다고 할 수 없다.

### 3. 결론

따라서 제1 원심판결 중 피고인 1, 2의 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점에 대한 무죄부분, 피고 인 1의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점에 대한 무죄부분 및 피고인 3에 대한 무죄부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있으므로 검사의 항소이유에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이를 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 검사의 피고인 1, 2에 대한 나머지 항소, 검사의 피고인 5에 대한 항소 및 피고인 2, 4의 항소는 각 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 각 기 각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

[ 피고인 1, 2, 3의 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)의 점]

#### 1. 당심에서 변경된 공소사실의 요지

별지와 같다.

#### 2. 판단

가. 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는지 여부

##### (1) 피고인 2, 3

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 외환은행의 발행주식 370,174,931주를 수출입은행이 32.5%, 코메르츠뱅크(Commerzbank A.G.)가 32.55%, 한국은행이 10.67%, 소액주주가 24.28%씩 소유하고 있었는데, 외환 은행은 2003. 6. 16. 론스타펀드 IV{Lone Star Fund IV(U.S.), L.P., 미국 텍사스 주 댈러스에 본사를 둔 폐쇄형 사모펀 드로서 Lone Star Partners IV(U.S.), L.P.가 무한책임사원이다, 이하 '론스타'라 한다}로부터 신주인수 등에 관한 제안 서를 송부받았으며, 2003. 8. 27. 론스타와 사이에 신주 268,750,000주를 1주당 4,000원씩 1,075,000,000,000원에 론 스타로 하여금 인수하게 하는 내용의 주식인수계약을 체결하였고, 한편 외환은행의 주주인 코메르츠뱅크와 수출입 은행은 2003. 8. 27. 론스타와 사이에 코메르츠뱅크의 외환은행 주식 26,235,923주를 1주당 5,400원씩 141,673,984,200원에, 수출입은행의 외환은행 주식 30,865,792주를 1주당 5,400원씩 166,675,276,800원에 론스타에 게 매도하고 론스타가 3년 내에 코메르츠뱅크의 외환은행 주식 41,764,077주, 수출입은행의 외환은행 주식 49,134,208주를 추가로 매수할 수 있는 권리(콜옵션)를 보유하는 내용의 주식매매계약을 체결한 사실, 이로써 론스 타는 325,851,715주(268,750,000주+30,865,792주+26,235,923주)를 1주당 평균 4,245원씩 약 1조 3,833억 원에 취 득하였는데, 이는 외환은행의 발행주식 638,924,931주(구주 370,174,931주+신주 268,750,000주)의 51%에 해당하는 사실을 인정할 수 있다.

이에 검사는, 외환은행의 1주당 적정한 가치는 DDM(배당할인모형) 법에 따르면 6,778원이고, 상대가치배수법에 따르면 10,162원인데, 피고인 2, 3, 1이 공모하여 론스타에게 이 사건 신주를 저가로 발행함으로써 외환은행에 1주당 적정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱한 7,466억 원 $\{(6,778\text{원}-4,000\text{원})\times 268,750,000\text{주}\}$  내지 9,981억 원 $\{(10,162\text{원}-4,000\text{원})\times 268,750,000\text{주}\}$ 의 손해를 입었다고 주장한다.

또, 검사는 외환은행 구주의 적정한 가치는 DDM 법에 따르면 2,509,045,682,310원 $(6,778\text{원}\times 370,174,931\text{주})$ 이고, 상대가치배수법에 따르면 3,761,717,648,822원 $(10,162\text{원}\times 370,174,931\text{주})$ 이므로, 론스타가 외환은행 주식 51%를 취득하기 위하여는 약 1조 8,278억 원 $\{(2,509,045,682,310\text{원}+1,075,000,000\text{원})\times 51\%\}$  내지 2조 4,667억 원 $\{(3,761,717,648,822\text{원}+1,075,000,000\text{원})\times 51\%\}$ 을 지급하여야 하는데, 위 피고인들이 공모하여 이 사건 신주를 저가로 발행하고 이 사건 구주를 저가로 매각함으로써 외환은행의 주주들에게 적정한 취득대금과 실제 취득금액과의 차액인 4,445억 원 $(1\text{조 } 8,278\text{억 원}-1\text{조 } 3,833\text{억 원})$  내지 1조 834억 원 $(2\text{조 } 4,667\text{억 원}-1\text{조 } 3,833\text{억 원})$ 의 손해를 입었다고 주장한다(구체적으로는 수출입은행 1,445억 원 내지 3,521억 원, 코메르츠뱅크 1,447억 원 내지 3,526억 원, 한국은행 474억 원 내지 1,156억 원, 소액주주 1,079억 원 내지 2,630억 원).

회사의 임원인 이사로서는 주주배정의 방법으로 신주를 발행함에 있어서 원칙적으로 액면가를 하회하여서는 아니 된다는 제약(상법 제330조, 제417조) 외에는 주주 전체의 이익과 회사의 자금조달의 필요성과 급박성 등을 감안하여 경영판단에 따라 자유로이 그 발행조건을 정할 수 있다고 보아야 할 것이므로, 시가보다 낮게 발행가액 등을 정함으로써 주주들로부터 가능한 최대한의 자금을 유치하지 못하였다고 하여 배임죄의 구성요건인 임무위배, 즉 회사의 재산보호의무를 위반하였다고 볼 것은 아니다.

그러나 주주배정의 방법이 아니라 제3자에게 인수권을 부여하는 제3자배정 방법의 경우, 제3자는 신주 등을 인수함으로써 회사의 지분을 새로 취득하게 되므로 그 제3자와 회사와의 관계를 주주의 경우와 동일하게 볼 수는 없는 것이다.

제3자에게 시가보다 현저하게 낮은 가액으로 신주 등을 발행하는 경우에는 시가를 적정하게 반영하여 발행조건을 정하거나 또는 주식의 실질가액을 고려한 적정한 가격에 의하여 발행하는 경우와 비교하여 그 차이에 상당한 만큼 회사의 자산을 증가시키지 못하게 되는 결과가 발생하는데, 이 경우에는 회사법상 공정한 발행가액과 실제 발행가액과의 차액에 발행주식수를 곱하여 산출된 액수만큼 회사가 손해를 입은 것으로 보아야 한다.

아울러 시가보다 낮은 가격으로 발행된 신주와 기존 주주들이 보유하고 있던 구주가 주주평등의 원칙에 따라 동등하게 취급됨으로 말미암아 구주의 실질가치가 희석됨으로써 기존 주주들도 손해를 입게 된다.

따라서 현저하게 불공정한 가액으로 제3자배정방식에 의하여 신주를 발행하는 행위는 이사의 임무위배행위에 해당하는 것으로서 이사에 대하여 배임죄의 죄책을 물을 수 있다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결 참조).

주식회사의 이사는 주주총회에서 선임되고, 회사와 이사의 관계에는 위임에 관한 규정이 준용되므로(상법 제382조), 주식회사의 이사는 주식회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있다.

다만 주식회사의 이사는 주식회사와 별개인 주주들에 대한 관계에서 직접 그들의 사무를 처리하는 자의 지위에 있는 것은 아니며 따라서 이사의 행위로 인하여 주주에게 손해가 발생하더라도 배임죄가 성립하지 않는다(대법원 2004.

6. 17. 선고 2003도7645 전원합의체 판결 참조).

살피건대, 이 사건 신주발행과 구주매각이 일괄 타결되어 론스타가 외환은행의 경영권을 취득한 것은 사실이므로 양자를 분리하여 논하는 것이 적절하지 않은 측면이 있으나, 이 사건 신주발행과 구주매각은 엄연히 별개의 행위로서 위의 법리에 비추어 보면, 이 사건 신주발행으로 인한 피해자는 외환은행 및 기존 주주들(수출입은행, 코메르츠뱅크, 한국은행, 소액주주), 이 사건 구주매각으로 인한 피해자는 수출입은행과 코메르츠뱅크로 볼 수 있다.

따라서 이 사건 신주발행에 있어서 피고인 2, 3은 외환은행에 대한 관계에서는 사무처리자의 지위에 있다고 할 수 있으나, 기존 주주들에 대한 관계에서는 사무처리자의 지위에 있다고 할 수 없고, 아래에서 보는 바와 같이 단지 피고인 1의 한국은행, 수출입은행에 대한 배임죄의 공범이 될 여지가 있을 뿐이다.

다음, 이 사건 구주매각에 있어서 피고인 2, 3이 수출입은행과 코메르츠뱅크의 사무처리자의 지위에 있다고 할 수 있는지 여부에 관하여 보건대, 배임죄의 주체로서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있으므로( 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결), 거래의 신의칙이나 사회윤리적 신임관계와 같이 사실상의 신임관계가 인정되는 경우에서도 발생할 수도 있다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 2, 3은 수출입은행 및 코메르츠뱅크가 주식을 매각하도록 설득하고 신주 가격과 함께 구주 가격에 대하여도 대응 제안서를 작성하고, 재경부와 코메르츠뱅크 측에 대응 제안서의 내용을 보고하는 한편 재경부와 코메르츠뱅크의 의견을 반영하여 대응 제안서의 내용을 수정하였으며, 이후 재경부와 코메르츠뱅크를 대신하여 론스타와 세부 가격조건에 대하여 협상한 사실, 코메르츠뱅크 측은 외환은행의 가격협상 진행에 이의를 제기하거나 이를 중단시켜 직접 협상에 나선 바 없으며 나중에 그 협상결과를 수용하여 본 계약까지 체결하였던 사실을 인정할 수 있는바, 이에 의하면 피고인 2, 3은 수출입은행으로부터는 직접 또는 재경부를 통하여 협상에 관한 위임을 받았다고 볼 수 있고, 코메르츠뱅크로부터는 협상에 관한 명시적 위임을 받았다고 보기는 어렵지만 외환은행 경영진이 코메르츠뱅크에 대하여 대응 제안서의 내용을 보고하고 코메르츠뱅크의 의견을 받아 가격을 수정하는 등 묵시적으로 코메르츠뱅크의 위임을 받아 매각업무를 수행하는 신임관계에 있었다고 볼 수 있다(다만 공소사실은 수출입은행, 코메르츠뱅크의 구주매각으로 인하여 수출입은행, 코메르츠뱅크가 공정한 매도가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 특정하고 있지 않다).

## (2) 피고인 1

검사는 피고인 1이 단순히 신분자인 피고인 2, 3의 범행에 가공했다는 취지로 공소를 제기한 것이 아니라, 피고인 1도 업무상 배임죄의 주체임을 전제로 공소를 제기하였다.

국유재산법(2001. 12. 31. 법률 제6560호)은 "국가의 부담에 의하여 국유로 된 주식을 국유재산이라 한다( 제3조 제1항 제5호). 재정경제부장관(이하 '총괄청'이라 한다)은 국유재산에 관한 사무를 총괄한다( 제6조). 총괄청은 주식·지분·출

자증권 기타 출자로 인하여 국가에 귀속되는 재산을 취득하여 관리한다( 제18조 제1항). 총괄청이 주식을 취득한 때에는 주권의 수령·명의개서 등 권리보전에 필요한 조치를 하여야 한다( 제18조 제2항). 관리자의 명의를 국으로 하되 주식을 대통령령이 정하는 법인으로 하여금 관리하게 하는 경우에는 관리자의 명의를 그 법인으로 할 수 있다( 제18조 제3항). 총괄청은 대통령령이 정하는 바에 의하여 이 법에 규정하는 총괄에 관한 사무의 일부를 특별법에 의하여 설립된 법인으로서는 대통령령이 정하는 자에게 위탁할 수 있다( 제19조). 잡종재산은 총괄청이 관리·처분한다( 제32조 제1항). 총괄청은 대통령령이 정하는 바에 따라 제2항의 규정에 의한 관리·처분에 관한 사무의 일부를 특별법에 의하여 설립된 법인으로서는 대통령령이 정하는 자에게 위탁할 수 있다( 제32조 제3항). 제3항의 규정에 의하여 잡종재산의 관리·처분에 관한 사무를 위임 또는 위탁받은 자는 당해 사무의 집행에 있어서 이를 위임 또는 위탁한 총괄청 또는 관리청의 감독을 받는다( 제32조 제5항).”고 규정하고, 국유재산법시행령(2003. 6. 30. 대통령령 제18044호)은 “총괄청은 법 제3조 제1항 제5호의 주식의 처분을 한국은행, 한국수출입은행에 위탁할 수 있다( 제33조 제3항).”고 규정하고 있다.

또, 재정경제부와 그 소속기관 직제(2004. 1. 29. 대통령령 18250호로 일부 개정되기 전의 것)는, 금정국장은 금융정책의 기획 및 총괄, 금융제도에 관한 기본정책의 수립, 금융산업 구조개선에 관한 정책의 수립, 금융감독제도에 관한 사항, 은행업에 관한 정책의 수립 등의 업무를 담당하고( 제13조 제2항 제1, 3, 9, 12, 15호), 국고국장은 정부의 출자 및 출자에 따른 주주권 기타 권리의 행사 업무를 담당하고( 제12조 제2항 제17호), 경험국장은 수은의 업무와 관련된 사항을 담당한다( 제15조 제2항 제15호)고 규정하고 있으며, 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제1조에 의하면 금융산업의 구조개선은 금융기관의 합병·전환 또는 정리 등을 말한다.

한국은행은 무자본특수법인으로서( 1982. 12. 31 법률 제3624호로 개정된 한은법 제4조) 직접 또는 간접으로 상업, 공업 기타 영리기업의 소유 또는 운영에 참가할 수 없으며 그 업무수행상 필요한 이외에 부동산을 매입하거나 영구히 소유할 수 없는데( 제112조), 외환은행이 주식회사로 전환됨에 따라 한국은행이 소유하는 외환은행의 주식매각방법 및 매각절차 등에 관한 사항은 재무부장관이 정한다( 1989. 12. 30. 법률 제4170호로 폐지된 한국외환은행법 부칙 제8조 제2항). 수출입은행은 정부 등이 출자한 법인으로서( 1998. 9.16 법률 제5560호로 개정된 한국수출입은행법 제2조, 제4조), 수출입은행은 재경부장관의 승인을 받아 법인에 출자할 수 있다( 제202조의2).

업무상 배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자란 고유의 권한으로서 그 처리를 하는 자에 한하지 않고 그 자의 보조기관으로서 직접 또는 간접으로 그 처리에 관한 사무를 담당하는 자도 포함한다( 대법원 1982. 7. 27. 선고 81도 203 판결).

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 재경부 및 한국은행은 외환은행의 경영정상화 지원을 위하여 1999. 1. 28. 한국은행이 수출입은행을 통하여 외환은행에 출자하는 방침을 확정하여 수출입은행은 1999. 4.경 외환은행에 3,360억 원을 출자하여 13.5%의 지분을 보유하게 되었고, 이후 수출입은행의 추가 출자를 거쳐 수출입은행이 32.5%, 한국은행이 10.67%의 지분을 보유하게 된 사실, 외환은행 경영진은 론스타와의 협상 초기부터 매각이 완료될 때까지 협상의 모든 과정을 재경부 금정국장인 피고인 1에게 보고하였고, 수출입은행 보유 주식의 매각 가능성을 피고인 1을 통해 확인하였으며, 가격협상 과정에서 론스타의 최초 제안서 접수 사실을 수출입은행이 아닌 재경부 금정국에만 알린 사실, 또한 대응 제안서를 만드는 과정 및 이후 가격협상 과정에서 수출입은행을 직접 접촉하

지 않고 재경부 금정국을 통해서 가격에 관한 의견을 조율한 사실, 론스타의 2차 제안서 접수 이후에는 수출입은행이 재경부 금정국과 접촉하여 가격협상을 하였고, 위와 같은 일련의 과정에서 수출입은행이 재경부 금정국에 대하여 절차에 관한 이의를 제기한 바 없이 론스타와의 주요 거래조건 합의서 및 주식인수계약서에 서명한 사실, 이 사건 수출입은행 보유 외환은행 주식의 매각에 재경부 국고국장은 전혀 관여한 바 없으며, 경험국장 공소외 23 또한 2003. 5. 7. 수출입은행 보유 주식을 론스타에 매각하는 방안을 검토한다는 내용으로 금정국장인 피고인 1이 작성한 부총리 보고서에 협조서명을 한 이외에는 관여한 바가 없는 사실을 인정할 수 있다.

위 인정 사실에 의하면, 국가가 한국은행, 수출입은행 명의로 보유하는 외환은행 주식은 국유재산으로서 총괄청인 재경부장관이 비록 그 관리 또는 처분을 한국은행, 수출입은행에 위탁하였다고 하더라도 피고인 1은 위 국유재산법 제32조 제5항의 감독당국인 재경부 금정국장으로서 경험국장이나 국고국장 등과 협조하여 외환은행의 신주발행으로 인하여 한국은행, 수출입은행이 보유하는 외환은행 주식의 실질가치가 희석되지 않도록, 또 수출입은행의 구주매각에 있어서 현저하게 불공정한 가격으로 매각되지 않도록 국가공무원법 제56조의 규정에 따라 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 할 의무가 있다고 할 것이다(다만 공소사실은 외환은행의 신주발행으로 인하여 한국은행, 수출입은행이 외환은행 구주의 실질가치가 희석됨으로써 입게 되는 손해, 수출입은행의 구주매각으로 인하여 수출입은행이 공정한 매도가액과의 차액에 상당하는 자금을 취득하지 못하게 되는 손해를 특정하고 있지 않다).

그러나 피고인 1이 외환은행의 신주발행에 있어서 외환은행이나 코메르츠뱅크, 소액주주를 위하여, 또 코메르츠뱅크의 구주매각에 있어서 코메르츠뱅크를 위하여 각 그들의 사무처리자의 지위에 있다고 볼 만한 증거는 없고, 단지 피고인 2, 3의 외환은행, 코메르츠뱅크에 대한 배임죄의 공범이 될 여지가 있을 뿐이다.

#### 나. 임무위배행위 여부

(1) 외환은행에 대규모 자본확충의 필요성이 있었고 이로 인한 경영권 이전이 불가피하였는지 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 외환은행은 1998. 2.경 BIS 비율이 8%에 미달하여 은행감독원으로부터 경영개선권고를 받았다가 2002. 4. BIS 비율을 제외한 대부분의 경영개선목표를 달성하였다는 이유로 경영개선권고를 해제받았고, 그 후로 증자를 위한 여러 방안을 추진하던 중 2003. 6. 16. 론스타로부터 신주인수 등에 관한 제안을 송부받았으며, 2003. 8. 27. 론스타와 사이에 신주 268,750,000주를 론스타로 하여금 인수하게 하는 내용의 주식인수계약을 체결하였고, 한편 외환은행의 주주인 코메르츠뱅크와 수출입은행은 2003. 8. 27. 론스타와 사이에 코메르츠뱅크의 외환은행 주식 26,235,923주, 수출입은행의 외환은행 주식 30,865,792주를 론스타에게 매도하고 론스타가 3년 내에 코메르츠뱅크의 외환은행 주식 41,764,077주, 수출입은행의 외환은행 주식 49,134,208주를 추가로 매수할 수 있는 권리(콜옵션)를 보유하는 내용의 주식매매계약을 체결한 사실, 외환은행은 2002. 12.말 기준 자기자본이 1조 8,458억 원(자본금 1조 8,509억 원)으로서, 다른 시중은행인 우리은행(4조 1,179억 원), 조흥은행(2조 2,923억 원), 국민은행(10조 494억 원), 신한은행(2조 8,605억 원), 하나은행(2조 6,875억 원)보다 적었고, 기본자본(Tier 1)과 보완자본(Tier 2)의 비율이 거의 1 : 1에 이르는 등 보완자본 한도가 거의 소진된 상태로서, 예기치 못한 대규모 부실발생 등으로 기본자본 규모가 크게 감소할 경우 자기자본으로 인정받을 수 있는 보완자본 규모도 함께 줄어들게 되어 BIS 비율이 급락할 위험이 있었던 사실, 한편 외환은행은 현대계열 여신의 비율이 높았고, 그 중 하이닉스에 대한 여신 및 출자전환주식의 잠재부실이 많아 이에 대한 대손충당금 적립율이 높았고 이에 따라 외환

은행의 자본적정성 지표는 BIS 비율 9.31%, BIS 기본자본비율 4.66%, 단순자기자본비율 3.21%로서 각 시중은행 평균인 BIS 비율 10.46%(다만, 조흥은행 BIS 비율은 8.6%), BIS 기본자본비율 6.20%, 단순자기자본비율 4.64%보다 낮았던 사실, 2003. 1. 10. 북핵 사태 발생, 2003. 2. 11. 사스 발생 및 무디스의 국가신용등급 전망 하향 조정, 2003. 2. 중순경 SKG 사태 발생, 2003. 3. 20. 이라크 전쟁 발발, 2003. 3. 카드채 사태 발생으로 인하여, 외환은행은 기존의 하이닉스 뿐만 아니라 SKG, 현대상선, 외환카드사, 카드채권에 대한 여신 및 유가증권에 대한 잠재부실이 많아지게 된 사실, 위와 같은 경제상황의 악화로 인하여, 외환은행의 2003. 3. 말 BIS 비율은 8.48%, BIS 기본자본비율은 4.24%, 단순자기자본비율은 3.01%로 각각 하락하였는바, 단순자기자본비율이 3% 이하로 하락하는 경우 자본적정성의 평가등급이 4등급으로 분류되어 경영개선권고 조치를 받을 가능성이 있게 된 사실, 외환은행은 다른 시중은행인 우리은행, 신한+조흥은행, 국민은행, 하나은행과 비교하여 총 자산, 총 예수금, 총 대출, 총 여신이 가장 적은 상태로서 영업규모가 절대 열세이고, 시장에서의 경쟁력 확보를 위하여 합병을 통한 대형화를 검토하고 있었던 사실, 2002년 말부터 2003년 당시에는 외환은행에 대한 공적자금 투입 내지 한국은행, 수출입은행 등을 통한 우회출자가 불가능한 상황이었고, 코메르츠뱅크 또한 경영상황 악화로 인하여 외환은행에 대한 출자가 어려운 상황이었으며, 외환은행에서 2002년에 공적자금 투입을 재경부에 요청하였다가 거절당한 사실, 외환은행은 하이닉스 관련 추가손실의 발생 우려, 본격적인 영업신장을 위한 자산증대 필요, 기본자본의 비중 증대를 통한 BIS 비율 개선 등을 위해 당시 시장에서 소화 가능한 액수로 판단한 3,000억 원(시장 여건이 좋으면 5,000억 원)의 일반 공모방식의 증자를 추진하였으나 시장 상황을 고려한 재경부의 권유 등에 따라 시기를 늦추었다가 이후 주가의 하락으로 인하여 무산된 적이 있었던 사실(2002. 5. 30.자 보고서), 외환은행은 경영계획 상 목표인 5,000억 원의 증자 또는 론스타의 신규자본 투입 규모 6,000억 원으로 경영이 완전 정상화되기는 어려울 것으로 전망하고, 외환은행의 추가손실 및 론스타의 투입 자금을 1조 원으로 가정한 사실(2003. 3. 22.자 보고서), 외환은행은 2002. 12.경 모건스탠리로부터 뉴브리지 캐피탈을 소개받은 후 론스타와 뉴브리지 캐피탈의 경쟁구도를 만들기로 하고, 이후 2002. 2. 5. 모건스탠리를 통해 뉴브리지 캐피탈과의 양해각서 초안을 전달받았으며, 2003. 3. 10. 뉴브리지 캐피탈의 공소외 39와 면담하였고, 그 무렵 뉴브리지 캐피탈과 사이에 5억 불의 신규자본 투입을 전제로 한 합병 절차를 논의하였는데, 2003. 3. 이전까지는 론스타와 뉴브리지 캐피탈 중 어느 쪽을 선호하는지에 대해 명확한 입장을 정한 바 없었으나, 2003. 3. 말경 일단 론스타와 협상하고 뉴브리지 캐피탈은 협상력 강화 차원에서 이용하자는 취지로 방향을 결정한 사실, 외환은행이 론스타와 2003. 4. 3. 체결한 양해각서에는 '다른 전략적 투자자와도 외환은행 매각 및 외환카드 매각에 대한 협상을 진행할 수 있다'는 취지가 명시되어 있어, 양해각서 체결 이후에도 뉴브리지 캐피탈과의 협상 및 잠재적 투자자 물색이 가능한 상태였고, 또한 모건스탠리의 2003. 7. 1.자 보고서에 의하면, 외환은행의 신주발행 및 구주매각은 론스타와의 수의계약이 아니라 론스타와 뉴브리지 캐피탈의 제한적 경쟁입찰이고, 비록 당시 론스타와의 협상만 진행되고 있었으나 론스타와의 협상이 무산될 경우 뉴브리지 캐피탈과의 협상을 진행할 예정이었으며, 외환은행 및 모건스탠리가 가능성 있는 다수의 잠재투자자를 접촉하였으나 론스타 및 뉴브리지 캐피탈을 제외한 다른 투자자들의 반응은 부정적이었다는 취지로 기재되어 있는 사실, 이후 뉴브리지 캐피탈의 공소외 39는 2003. 4. 25. 피고인 1과 면담하고, 뉴브리지 캐피탈은 2003. 5. 12. 외환은행과 사이에 비밀유지약정을 체결한 후 외환은행으로부터 실사 관련 자료를 제출받았으며, 한편 외환은행은 론스타와 뉴브리지 캐피탈에 대해 2003. 5. 19.까지 인수제안서를 제출하도록 요청하였으나 뉴브리지 캐피탈은 인수제안서를 제출하지 않았고, 2003. 5. 29. 인수 포기 의사를 밝히는 이메일을 모건스탠리의 공소외 187에게 보낸 사실, 론스타는 외환은행과의 협상 초기부터 경영권 이전을 수반하는



51%의 지분 취득을 원하였고, 이에 따라 론스타와 외환은행은 51% 이상의 지분을 취득하는 것을 전제로 하여 협상을 진행하였으며, 론스타의 2003. 6. 16.자 제안서에서 신주 및 구주 매입을 통한 51% 지분 취득 및 콜 옵션, 드래그 얼롱 옵션 등에 의한 그 이상의 지분 취득 구조가 제시된 이후에도 론스타의 51% 이상 지분 취득은 전제조건으로 유지되었던 사실 등을 인정할 수 있다.

위 인정사실에 의하면, 2002년 내지 2003년에 외환은행은 대규모 자본확충의 필요성이 있었고, 외환은행에 대하여 1조 원 이상의 대규모 신규자금 투입 의사가 있는 투자자는 론스타 밖에 없었으며, 위와 같은 대규모 투자를 하고자 하는 론스타가 경영권 확보를 위하여 51% 이상의 지분 취득을 원하였기 때문에 당초 자본 확충만을 원했던 외환은행 으로서는 경영권 이전을 수반하는 은행 매각이 불가피하였던 것으로 보인다.

## (2) 저가매각 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 2, 3은 2003. 4. 삼일회계법인에 자산부채실사 용역을 발주하여 삼일회계법인이 2003. 5. 13. 외환은행의 조정 후 순자산가치 최종안으로 제1안 1조 6,193억 원, 제2안 8,051억 원, 제3안 4,796억 원을 보고한 사실, 이에 위 피고인들은 제1안을 제외하고 최종 보고서를 작성하도록 삼 일회계법인에 지시하여 삼일회계법인은 2003. 5. 22. 제1안을 빼고 제2안과 제3안을 각각 제1안과 제2안으로 수정 하여 최종 보고서를 제출한 사실, 모건스탠리는 2003. 6. 16. 위 최종안 제2안에 일정한 배수(Multiple)를 곱하여 1주 당 가치를 2,610원 내지 4,350원(8,051억 원÷370,174,931주×Multiple 1.2 내지 2.0)으로 산정하고(상대가치배수법), 외환은행이 보유하고 있는 현대중공업, 하이닉스반도체 등 22개 기업에 대한 여신 2조 7,285억 원(현대중공업 등 7개 기업에 대한 여신 5,118억 원+하이닉스반도체 등 15개 기업에 대한 여신 2조 2,167억 원)의 90%까지 대손충당 금을 설정하여 1주당 가치를 2,779원(할인율 17.5%) 내지 4,638원(할인율 15.5%)으로 산정하여{배당할인모형 (Dividend Discount Model, DDM)} 1주당 가치를 2,779원(최소값 중 큰 가격) 내지 4,350원(최대값 중 작은 가격)으 로 평가한 사실, 상법은 "회사가 성립한 날로부터 2년을 경과한 후에 주식을 발행하는 경우에는 회사는 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의와 법원의 인가를 얻어서 주식을 액면미달의 가액으로 발행할 수 있다( 제417조 제1항 ). 주주는 그가 가진 주식 수에 따라서 신주의 배정을 받을 권리가 있다.

회사는 제1항의 규정에 불구하고 정관에 정하는 바에 따라 주주 외의 자에게 신주를 배정할 수 있다.

다만, 이 경우에는 신기술의 도입, 재무구조의 개선 등 회사의 경영상 목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에 한한다( 제418조 제1, 2항). 정관의 변경은 주주총회의 특별결의(출석한 주주의 의결권의 3분의 2 이상의 수와 발행주식총 수의 3분의 1 이상)에 의하여야 한다( 제433조 제1항, 제434조)"고 규정하고, 증권거래법 제191조의15는 "주권상 장법인은 상법 제417조의 규정에 불구하고 상법 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의만으로 법원의 인가를 얻지 아니하고도 주식을 액면미달의 가액으로 발행할 수 있다( 제1항). 제1항의 규정에 의한 주주총회의 결의에서 는 주식의 최저발행가액을 정하여야 한다.

이 경우 최저발행가액은 대통령령이 정하는 방법에 따라 산정한 가격이상으로 하여야 한다( 제2항)"고 규정하고, 증권 거래법시행령 제84조의22는 " 법 제191조의15 제2항 후단에서 '대통령령이 정하는 방법에 따라 산정한 가격'이라 함은 다음 각 호의 방법에 따라 산정된 가격 중 높은 가격의 100분의 70을 말한다.

1. 주식의 액면미달가액발행을 위한 주주총회의 소집을 결정하는 이사회(이하 이 조에서 '주주총회소집을 위한 이사회'라 한다)의 결의일 전일부터 과거 1월간 공표된 매일의 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 거래된 최종시세가격의 평균액 2. 주주총회소집을 위한 이사회의 결의일 전일부터 과거 1주간 공표된 매일의 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 거래된 최종시세가격의 평균액 3. 주주총회소집을 위한 이사회의 결의일 전일의 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 거래된 최종시세가격"이라고 규정하고 있는바, 외환은행은 2003. 8. 27. 이사회를 개최하여 이 사건 신·구주의 가격을 결정하였는데 코메르츠뱅크 측의 이사 3명이 출석하였고, 또 2003. 9. 16. 임시주주총회를 개최하여 신주 액면미달발행 승인 및 최저발행가액 결정의 건에 관하여 "증권거래법 제191조의15 및 동법 시행령 제84조의22에 의거 최저발행한도액은 임시주총소집 이사회결의일(2003. 7. 28.) 전일을 기준으로 계산한 과거 1월간 증가 평균액(3,728원), 과거 1주간 증가평균액(3,720원), 전일의 증가(3,750원) 중 가장 높은 가격인 3,750원의 70%인 2,630원 이상으로 하여야 한다"고 결의하고, 정관일부변경의 건에 관하여 "일반공모증자와 관련하여 외국인 투자촉진법에 따른 외국인 투자자 앞 우선배정한도를 40/100에서 70/100으로 확대한다"고 결의한 사실, 이에 론스타가 외환은행의 신주 268,750,000주를 1주당 4,000원씩 1,075,000,000,000원에 인수하고, 수출입은행 소유의 구주 30,865,792주를 1주당 5,400원씩 166,675,276,800원에, 코메르츠뱅크 소유의 구주 26,235,923주를 1주당 5,400원씩 141,673,984,200원에 매수함으로써 외환은행의 주식 51%에 해당하는 325,851,715주(268,750,000주+30,865,792주+26,235,923주)를 1주당 평균 4,245원씩 약 1조 3,833억 원에 취득한 사실을 인정할 수 있다.

이에 검사는, 삼일회계법인의 최종안 제1안을 기준으로 멀티플 2.3을 곱하면 주당 가치는 10,162원(1조 6,193억 원 ÷ 370,174,931주 × Multiple 2.3)이 되고, 위 7개 기업에 대한 여신 5,118억 원은 정상여신이었으므로 103억 원의 대손충당금만 설정하면 충분하고, 위 15개 기업에 대한 여신 2조 2,167억 원도 그 중 1조 379억 원은 회수가 가능하고 나머지 1조 1,788억 원 중 2,947억 원의 대손충당금이 설정되어 있었으므로 이를 공제한 8,941억 원의 대손충당금만 설정하면 충분하므로 합계 8,944억 원의 대손충당금을 설정하면 주당가치는 6,778원(할인율 15.5%)으로서, 외환은행의 1주당 적정한 가치는 6,778원(DDM 법) 내지 10,162원(상대가치배수법)인데, 피고인 2, 3, 1이 공모하여 1주당 4,245원이라는 헐값에 매각하는 배임행위를 저질렀다고 주장한다.

그러므로 이 사건 신주와 구주의 1주당 평균 취득단가가 경영판단의 원칙상 허용되는 상당한 범위를 넘어선 현저히 불공정한 가액인지의 여부를 살펴본다.

회사의 이사는 회사에 자본을 출연한 주주가 선임하며 선임된 이사는 회사라는 재산을 관리, 운영하여 주주에게 수익을 나누어 주는 역할을 하는데, 주주 이익의 극대화를 통해 자신의 임기가 연임될 수 있도록 자신의 임무에 최선을 다할 유인(incentive)이 존재한다.

그런데 회사의 이사가 법령 또는 정관에 위반한 행위를 하거나 법령 또는 정관이 부여한 임무를 해태하는 경우 배임죄가 성립하고, 회사의 이사가 상법상 부담하는 선량한 관리자의 주의의무라 함은 보통의 주의력을 가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말한다.

그리고 이러한 선관주의의무는 회사규모의 대소, 업무의 종류와 그 내용, 행정관청의 지휘감독을 받는 공기업적인 색채가 농후한 기업에서는 관청과의 관계 등 구체적인 제반 상황을 고려하여 그 범위가 결정된다.

그리고 이윤추구와 아울러 공공적 역할도 담당하는 각종 금융기관의 경영자가 금융거래와 관련한 경영상 판단을 함에 있어서 그 업무처리의 내용, 방법, 시기 등이 법령이나 당해 구체적 사정 하에서 일의적인 것으로 특정되지 않는 경우에는 결과적으로 특정한 조치를 취하지 아니하는 바람에 본인에게 손해가 발생하였다는 사정만으로 책임을 물을 수는 없고, 그 경우 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단대상인 업무의 내용, 금융기관이 처한 경제적 상황, 손실발생의 개연성 등 제반 사정에 비추어 자기 또는 제3자가 재산상 이득을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하는 엄격한 해석기준이 유지되어야 한다( 대법원 2007.1.26. 선고 2004도 1632 판결).

또, 공무원이 그 임무에 위배하는 행위로서 제3자로 하여금 재산상의 이익을 취득하게 하여 국가에 손해를 가한 경우에 업무상배임죄가 성립될 수 있으나, 당해 금융기관의 부실 문제를 해결하기 위하여는 경영권 이전을 통한 자금조달이 가장 합리적인 방안으로서 직무의 본지에 적합하다는 신념 하에 그 직무범위 내에서 이를 기안하여 내부 결재를 모두 받은 후 시행하였다면, 특별한 사정이 없는 한 이는 정책 판단과 선택의 문제로서 그 방안의 시행에 의해 결과적으로 국가에 재산적 손해가 발생하거나 제3자에게 재산적 이익이 귀속되는 측면이 있다고 하더라도, 그 손해에 대해 행정적인 책임 기타 다른 법령상의 책임을 묻는 것은 모르되 이로 인해 그 행위가 배임죄에 해당한다고 할 수는 없고, 경영권 이전으로 인한 국가의 재산적 손해에 대해 배임죄의 죄책을 묻기 위하여는 피고인이 국유재산 매각 당시 경영권 이전 대책이 정책적 판단·선택과는 관계없이 기안되어 그로 인한 국가의 손해를 인식하고 있었다는 등의 사정이 증명되어야 할 것이다( 대법원 2008. 6. 26. 선고 2006도2222 판결 참조).

#### (가) 신주 가격에 관한 검토

제3자배정방식에 의한 신주발행의 경우 신주 1주의 적정한 발행가액은 이를 인수하는 제3자가 기존 주주와 동등한 권리와 지위를 취득하는 데 대한 대가로서의 성질을 가지는 것이라는 점에 비추어 기존 주식의 시가 상당액이어야 함이 원칙이고, 다만 회사의 재무구조, 영업전망과 그에 대한 시장의 평가, 금융시장의 상황, 신주의 인수가능성 등 여러 사정을 종합적으로 고려한 경영판단에 따라 합리적이라고 인정되는 범위 내에서 상당한 정도로 감액하여 정할 수 있다고 할 것이다( 위 2007도4949 전원합의체 판결 참조).

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 외환은행, 수출입은행, 재경부의 각 문서에 의하면, 론스타의 2003. 6. 16.자 제안서 접수 이전부터 당시의 주가가 액면가인 5,000원에 미치지 못하는 4,000원 미만이었어서 신주의 액면가 이하 발행을 검토하였고, 한편 유상증자 시의 신주발행가액과 관련하여, 증권거래법 제191조의15 제2항, 같은 법 시행령 제84조의22에 의하면, 신주발행 시 최저발행가액은 주식의 액면미달가액 발행을 위한 주주총회의 소집을 결정하는 이사회결의일 전일부터 과거 1월간 증가평균액, 과거 1주간 증가평균액, 전일의 증가 중 가장 높은 가격의 70% 이상으로 하여야 하는데, 이 사건의 경우 이사회결의일인 2003. 7. 28.의 직전 거래일이 2003. 7. 25.이고, 이를 기준으로 산출한 위 각 금액이 각 3,728원, 3,720원, 3,750원이며, 가장 높은 가격인 3,750원의 70%인 2,630원(10원 미만 절상)이 최저발행가액이 되므로, 최종 신주가격인 4,000원보다 낮은 점, 금융감독위원회(이후 금융위원회로 명칭이 변경되었다).

이하 '금감위'라 한다)가 고시한 유가증권의발행및공시등에관한규정 제57조는 주권상장법인에 있어서 액면가 이하 발행의 경우를 제외한 시가발행에 의한 유상증자에 관하여 규정하고 있는바, 같은 조 제2항 단서에 의하면, 주권상장

법인이 제3자배정증자방식으로 하는 유상증자의 경우에는 기준주가에 대하여 할인율을 100분의 10 이내로 적용하여 발행가액을 산정하여야 하고, 같은 항 제3호에 의하면, 제3자배정증자방식의 경우에 기준주가 산정의 기산일은 유상증자를 위한 이사회결의일(발행가액을 결정한 이사회결의가 이미 있는 경우) 또는 그 전일이 되며, 같은 조 제4항 제3호에 의하면, 기준주가는 기산일로부터 소급한 1개월 평균종가, 1주일 평균종가 및 최근일 종가를 산술평균하여 산정하되, 그 산정가액이 최근일 종가를 상회하는 경우에는 최근일 종가를 기준으로 하여야 하는데, 이 사건의 경우, 앞서 본 바와 같이 이사회결의일인 2003. 7. 28.의 직전 거래일이 2003. 7. 25.이고, 이를 기준으로 산출한 위 각 금액이 각 3,728원, 3,720원, 3,750원이며, 위 각 금액의 산술평균액보다 최근일 종가인 3,750원이 높아서, 최근일 종가의 90%인 3,375원이 최저발행가액이 되므로, 최종 신주가격인 4,000원보다 낮은 점, 외환은행의 주가는 론스타가 1차 제안서를 제출한 후인 2003. 7. 3.에는 3,660원이었고, 론스타와 외환은행이 주요거래조건에 합의한 날인 2003. 7. 25.에는 3,750원이었으며, 이후 외환은행과 론스타가 본계약을 체결한 날인 2003. 8. 27.에는 4,310원이었는바, 2003. 7. 25. 이후 2003. 8. 27.까지의 가격 상승은 은행가치의 반영으로 인한 정상적 상승이 아니라, 대규모 신규자금 유치에 대한 기대감으로 인한 일시적 상승으로 볼 수 있는 점, 신주발행만으로 경영권의 변동이 이루어지는 경우에는 경영권 프리미엄이 협상가격에 제대로 반영될 수 있을 것이나, 회사에 자본조달의 필요성이 있고 경영권의 이동이 불가피한 이 사건과 같은 경우에는 신주발행에 대한 프리미엄은 회사 전체, 즉 주주 모두에게 귀속되는 반면 대주주의 구주매각에 대한 프리미엄은 대주주에게만 귀속된다는 점에서, 대주주는 구주매각 가격에 경영권 프리미엄이 더 많이 반영되어야 한다고 주장할 것이며, 신주발행과 구주매각의 불가분성을 고려하면 신주와 구주에 있어서의 이러한 경영권 프리미엄의 차이는 피할 수 없고 어느 정도 용인될 수 있는 점, 론스타의 제안서 제출 이후 가격협상 과정에서는 신주와 구주 가격이 모두 증가하고 신·구주 전체 인수대금도 증가하여 어느 한 쪽을 위해 다른 쪽을 희생시키는 트레이드 오프(trade-off) 관계가 없는 점, 외환은행은 자본조달의 필요성을 인식하고 필요자본 규모로 2002년의 3,000억 원 내지 5,000억 원에서 2003. 3.경 1조 원까지 고려하였고, 이러한 이유로 이후 론스타와의 협상 과정에서 론스타가 신규투자금액으로 비공식적으로 제시한 7억 불 및 1조 원 등의 액수에 대하여 외환은행은 반대의 의사표시를 하지 않았으며, 실제 신주자금은 론스타가 2003. 6. 16.자 제안서에서 제시한 1조 750억 원으로 결정되었는바, 외환은행의 신규자본 조달로 인한 이익이 적지 않은 점, 론스타와의 계약 체결일인 2003. 8. 27.부터 2006. 5. 19.까지 외환은행의 주가는 336% 상승하였고, 같은 기간 다른 시중은행의 주가도 평균 308% 상승하였음을 알 수 있는바(증 가 72호), 외환은행의 주가가 상승한 이유는 외환은행의 객관적 가치가 론스타와의 계약 당시 다른 은행보다 저평가되었기 때문이라고 보기 어렵고, 그 주가 상승은 경제 전반의 상황 호전과 은행업에 대한 기대 상승 때문이라고 보아야 할 것인 점 등에 비추어 보면, 최종적으로 결정된 신주 가격이 적정하지 않다고 적극적으로 인정하거나 그 입증이 되었다고 보기는 어렵다.

#### (나) 구주 가격에 관한 검토

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 거래가격 결정 시점인 2003. 7. 25.의 시가 3,750원은 최종 구주가격인 5,400원보다 낮고, 또한 수출입은행 및 코메르츠뱅크가 매각한 구주인 우선주의 취득원가는 5,000원으로 최종 구주 가격보다 낮은 점, 최종 구주 가격 5,400원은 최종 신주 가격 4,000원에 비해 대주주의 경영권 프리미엄이 추가로 반영되어 결정된 것이라고 보이는 점, 2003. 7. 23. 콜 옵션, 드래그 얼롱 옵션(최대 주주가 일정 지분 이상을 매각할 때 매입자가 요구할 경우 2대나 3대 주주까지 동일한 조건으로 팔아야 하

는 계약)이 최종 수용되기 전까지 론스타에서 제시한 2차 제안서 상 구주가격은 5,000원이었으나, 콜 옵션 등의 수용으로 최종 구주 가격이 5,400원으로 상승하였고, 콜 옵션은 행사하는 쪽에서만 이익을 얻으므로, 최종 구주 가격에는 콜 옵션 등의 가격이 반영되었다고 볼 수 있는 점, 드래그 얼롱의 반대개념으로 최대주주가 주식을 팔 때 2대나 3대 주주가 자신들의 보유지분도 동일한 조건으로 함께 팔아달라고 요구할 수 있는 태그 얼롱 옵션 계약을 함께 맺은 점 등에 비추어 보면, 최종 구주 가격이 적정하지 않다고 적극적으로 인정하거나 그 입증이 되었다고 보기는 어렵다.

또한 잡종재산의 처분에 있어서 그 가격은 대통령령이 정하는 바에 의하여 시가를 참작하여 결정하고( 위 국유재산법 제34조), 국유재산인 상장주식을 매각하는 때에는 평가기준일전 1년 이내의 최근에 거래된 30일간의 증권거래소에서의 최종시세가액을 가중 산술평균하여 산정한 금액으로 하는바( 위 국유재산법시행령 제38조 제1항 제2호), 수출입은행의 주식 매각가격이 위의 규정에 위배된다고 볼만한 증거도 없다.

#### (다) 소결

위에서 본 바와 같이 이 사건 신주발행과 구주매각가격은 이사의 직무집행을 감독하는 이사회 결의를 거쳐 결정되었고, 이 사건 신주발행은 주주총회의 특별결의에 의하여 이루어졌는데 일반적으로 주주총회의 특별결의를 거치도록 하는 이유는 주주의 보호를 꾀하기 위한 것인 점, 신주나 구주의 가격도 객관적이고 중립적인 지위에 있는 코메르츠뱅크가 투자은행으로서의 전문적인 검토를 거쳐 동의를 하여 결정된 것인 점, 피고인 2, 3이 장래 경영권을 인수하게 될 론스타의 신임을 얻기 위하여 외환은행에 대한 회계정보를 조작하여 주주들에게 왜곡된 정보를 공급하였다고 볼 만한 증거가 부족한 점, 최종 신주 및 구주 가격이 거래가격 결정 시점의 시가보다 높고, 경영권 프리미엄 또한 반영되었다고 볼 수 있는 점, 외환은행의 1주당 적정한 가치가 검사가 주장하는 바와 같이 최소 6,778원, 최대 10,162원이라는 점을 뒷받침할 만한 근거가 박약한 점 등을 고려하면, 이 사건 신주와 구주의 1주당 평균 취득단가 4,245원이 경영판단의 원칙상 허용되는 상당한 범위를 넘어선 현저히 불공정한 가액이라고 인정하기는 어렵다.

#### (3) 불법매각 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 론스타는 2003. 9. 2. 금감위에 외환은행 주식의 보유를 목적으로 2003. 8. 21. 벨기에에서 설립된 론스타의 자회사인 엘에스에프-케이이비 홀딩스(LSF-KEB Holdings, SCA)가 2003. 9. ~ 10.경 외환은행 신주 268,750,000주를 주당 4,000원에, 기존 주주인 코메르츠뱅크와 한국수출입은행이 보유하고 있던 외환은행 주식 중 57,101,715주를 주당 5,400원에 취득하여 총 325,851,715주(발행주식총수의 100분의 51.002)를 취득(콜 옵션을 행사할 경우에는 취득주식총수가 416,750,000주(발행주식총수의 100분의 65.228)가 된다)하는 것에 관하여 동일인 주식보유한도 초과보유 승인을 신청한 사실, 금융감독원(이하 '금감원'이라 한다)은 론스타의 위 승인신청에 대한 검토를 하여 2003. 9. 26. 금감위에 '론스타에 대한 외환은행 주식취득 승인(안)'을 제출하였고, 금감위는 같은 날 은행법 제15조 제3항, 같은 법 시행령 제8조 제2항( 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제2조 제3호의 규정에 의한 부실금융기관의 정리 등 특별한 사유가 있다고 인정되는 경우에 은행법시행령 제5조의 동일인 주식보유한도 초과보유요건을 갖추지 아니한 경우에도 동일인 주식보유한도 초과보유승인을 할 수 있다는 내용)에 따라 엘에스에프-케이이비 홀딩스가 은행법 제15조 제1항 본문의 동일인 주식보유한도인 의결권 있는

발행주식총수의 100분의 10을 초과하여 외환은행의 의결권 있는 주식 325,851,715주(의결권 있는 발행주식총수의 약 51%, 콜 옵션을 행사하는 경우에는 의결권 있는 주식수가 416,750,000주에 이르게 된다)를 취득·보유하는 것을 승인하는 처분을 한 사실을 인정할 수 있다.

살피건대, 1998. 1. 13 법률 제5499호로 개정된 은행법 제15조 제1항은 IMF 위기로 인한 부실은행에 대한 외국인의 투자활성화를 위하여 외국인의 은행소유 규제를 완화하였고(4% 초과시 금감위 신고, 10% 초과시 금감위 승인), 2002. 4. 27 법률 제6691호로 개정된 은행법 제15조 제1항은 내국인도 외국인과 마찬가지로 은행 주식소유 한도를 4%에서 10%로 확대하면서, 제15조 제3항, 제5항에서 재무건전성 등의 적격성 요건을 충족한 내국인, 금융회사 혹은 그 지주회사인 외국인( 은행법시행령 제5조) 및 위의 요건을 갖추지 아니한 내·외국인의 경우에도 부실금융기관의 정리 등 특별한 사유가 있다고 인정되는 경우에는( 은행법시행령 제8조 제2항, 금융산업의 구조개선에 관한 법률 제2조 제3호는 "부실금융기관이라 함은, 가. 경영상태를 실사한 결과 부채가 자산을 초과하는 금융기관 또는 거액의 금융사고 또는 부실채권의 발생으로 부채가 자산을 초과하여 정상적인 경영이 어려울 것이 명백한 금융기관으로서 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 결정한 금융기관. 이 경우 부채와 자산의 평가 및 산정은 금융감독위원회가 미리 정하는 기준에 의한다.

나. 예금자보호법 제2조 제4호의 규정에 의한 예금등 채권의 지급 또는 다른 금융기관으로부터의 차입금의 상환이 정지상태에 있는 금융기관. 다.

외부로부터의 자금지원 또는 별도의 차입이 없이는 예금 등 채권의 지급이나 차입금의 상환이 어렵다고 금융감독위원회 또는 예금자보호법 제8조의 규정에 의한 예금보험위원회가 인정한 금융기관을 말한다.

"라고 규정하고 있다) 금감위의 승인을 얻어 10%를 초과하여 주식을 보유할 수 있도록 하였다.

다만 제16조의2 제1항은 비금융주력자(산업자본)의 은행지배를 방지하기 위해 비금융주력자는 원칙적으로 4%를 초과하여 은행주식을 보유할 수 없도록 하되 의결권의 미행사를 조건으로 금감위의 승인을 얻어 10%까지는 보유할 수 있도록 하면서, 제16조의2 제3항에서 2년 이내에 비금융주력자가 아닌 자로 전환하기 위한 계획을 금감위에 제출하여 승인을 얻은 비금융주력자, 외국인투자촉진법에 의한 외국인의 금융기관에 대한 주식보유비율 이내에서 주식을 보유하는 비금융주력자는 금감위의 승인을 얻어 10%를 초과하여 주식을 보유할 수 있도록 하였다.

따라서 론스타가 비금융주력자라면 은행법 제16조의2의 규정에 의하여 원칙적으로 은행법시행령 제8조 제2항의 적용대상에서 제외된다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 재경부 작성 2003. 2. 24.자 보고서, 2003. 2. 28.자 보고서, 2003. 3. 8.자 보고서, 2003. 3. 26.자 보고서, 2003. 3. 28.자 보고서 등에 의하면, 론스타를 전략적 투자자로 표현하고 있고, 피고인 2가 2003. 1. 24. 코메르츠뱅크 공소외 38 행장에게 보낸 서신, 유회원이 2003. 2. 7. 피고인 3에게 보낸 서신, 재경부 작성 2003. 4. 4.자 보고서 등에는 론스타를 재무적 투자자로 표현하고 있는 점, SSB는 2003. 5.경부터 작성된 각 가치평가보고서에서 론스타의 투자회수(Exit) 시점을 2006년 내지 2007년으로 설정하고 있는 반면, 공소외 15는 2003. 2. 22. 공소외 24에게 론스타는 일본에서의 경험을 바탕으로 한국 금융업에 뛰어들어 5년 내지 7년간 장기적으로 외환은행을 보유할 생각이라고 한 점, 외환은행 작성 2003. 2.

13.자 보고서에는 론스타가 51% 지분 매입을 원하는 이유에 대해 론스타로서는 투자회수를 생각할 수밖에 없으며, 결정적인 순간에 정부가 개입할 가능성에 대해 우려하는 것으로 판단하고 있다는 취지로 기재되어 있고, 2003. 3. 19.자 보고서에는 론스타가 추후 주가 부양후 Exit 할 예정이라는 취지로 기재되어 있으며, 2003. 7. 4.자 메모보고에는 '론스타가 Exit 문제를 상당히 중요하게 생각. 이를 위해 100% 매입하는 것도 생각하였으나 51% 보유하기로 하였기 때문에 Exit plan 관련 조항에 대해 매우 민감함'이라고 기재되어 있고, 2003. 7. 11.자 메모보고에는 론스타가 Exit에 대하여 매우 강경하다는 취지로 기재되어 있는 점, 공소외 15는 2003. 9. 18. 금감위 공소외 25 부위원장으로 부터 일부 금감위원들은 론스타가 금융기관이 아닌 투자펀드이기 때문에 초단기 투자 등 문제에 대한 우려를 제기하고 있으므로 단기적 투자이익 실현에 치중된 영업전략에 대한 답변을 부탁받고, 2003. 9. 24.자 서신을 제출하였으나, '론스타는 외환은행의 경영진과 함께 견실한 성장과 수익성에 기초한 장기적인 경영전략을 발전시키고 또한 수행해 나갈 것을 기대하고 있다'고 하면서 장기경영에 대하여는 구체적인 답변을 하지 않은 점, 당시 재경부 장관이었던 공소외 26은 제1 원심법정에서 "론스타가 국내에서 계속 활동하고 있었으므로 일반적으로 론스타 그 자체로는 전략적 투자가가 되기 어렵다는 것으로 알고 있었다.

우리나라에서 론스타가 처음이 아니고 부동산투자도 하고 전형적인 사모펀드로서 여러 가지 역할을 해 왔기 때문에 론스타 하면 전략적 투자가는 아니고 매각해서 어떤 차익을 얻을 목적으로 투자하는 인식을 가지고 받아들였던 것은 사실이다"라고 진술한 점(제1 원심 공판기록 19339, 19388) 등에 비추어 보면, 론스타는 비금융주력자일 개연성을 배제하기 어렵다.

그러나 론스타가 비금융주력자라고 하더라도 재경부는 금융관련 법령을 제·개정하는 임무를 가지고 있고 금감위는 금감원의 도움을 받아서 금융관련 법령을 집행하는 기관인바, 론스타가 비금융주력자인지의 여부를 파악하는 것은 금감위 또는 금감원이고 재경부의 업무가 아닌 점, 외환은행 매각 과정에서 재경부가 이와 관련하여 검토하거나 다른 부서에서 논의되고 있는 데에 참여한 사실이 없는 점, 위 예외승인에 관한 은행법시행령 제8조 제2항에 대하여 1998년 재경부 유권해석은 부실금융기관으로 지정된 경우 뿐 아니라 등 특별한 사유로서 '경영개선명령 등의 조치를 받은 경우'도 이에 해당한다고 보았는데, 론스타에 대한 인수자격 부여는 은행법시행령 제8조 제2항의 '부실금융기관의 정리 등 특별한 사유'와 재경부 유권해석을 적용하여 이루어진 것인 점, 비금융주력자는 금감위의 승인을 얻더라도 원칙적으로 10%까지만 은행주식을 보유할 수 있으나, 예외승인 당시까지만 해도 비금융주력자의 주식보유제한에 관한 은행법 제16조의2의 규정에 해당하면 은행법 제15조 제3항, 제5항, 은행법시행령 제8조 제2항의 규정에 의한 금감위의 예외승인이 불가능하다는 해석이 대법원의 판단으로 확립되지 않았고, 상급 행정기관 내지 유관 행정부서로부터 시달된 업무지침이나 업무연락 등을 통하여도 충분히 인식할 수 없었기 때문에, 피고인 1이 은행법시행령 제8조 제2항의 적용이 잘못된 것이라고 인식하면서도 금감위로 하여금 이에 근거한 예외승인을 하도록 하였다고 볼 증거가 부족한 점, 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 견해를 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되어 그 법령의 부당집행이라는 결과를 빚었다고 하더라도 처분 당시 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 공무원의 과실로 인한 것이라고 볼 수는 없는 점( 대법원 1995. 10. 13. 선고 95다32747 판결, 2004. 6. 11. 선고 2002다31018 판결 등 참조), 론스타가 비금융주력자가 아니라고 판정되는 경우에도 금감위가 동일인의 은행주식 한도초과 보유승인을 함에 있어서 재량권의 한계를 일탈하거나 남용하였다고 볼 만한 근거가 부족한 점 등에 비추어 보면, 재

경부, 외환은행, 금감위, 금감원이 예외승인을 통해 론스타에게 인수자격을 부여해 주기 위한 목적으로 론스타의 제안서 제출 이전 또는 이후에 상호간 또는 론스타와의 사이에 인수자격에 관한 합의를 하였다고 보기 어렵고, 인수자격 필요성을 왜곡하여 론스타에게 인수자격을 부여하였다고 볼 수 없다.

#### (4) BIS 비율 전망치 산정이 잘못되었는지 여부

금감위는 2003. 9. 26. 외환은행의 외자유치가 이루어지지 않고 잠재부실에 따른 충당금 추가 적립 시 2003년 말 BIS 비율이 6.2%까지 하락될 것으로 전망되고, 금감원과 외환은행 간에 2003. 8. 12. 체결한 '주요 경영지표 개선에 관한 약정서'를 이행하기 위해서는 대규모 자본확충이 필요하며, 대주주인 코메르츠뱅크와 한국은행의 증자참여가 어렵고, 재경부에서 외환은행의 조속한 경영정상화 및 수출입은행의 출자자금 회수가 가능하도록 예외승인을 적극 검토 요청하였으며, 론스타에서 경영정상화 의지를 표명하고 장기투자를 약속한다는 등의 사유로 론스타의 외환은행 주식 51% 취득을 예외승인하였다.

이에 대하여 검사는 다음과 같이 주장한다.

BIS 비율 산정 시 항목상의 오류를 수정할 경우 비관적 가정 하의 2003년 말 외환은행의 예상 BIS 비율은 8%를 상회하며, 이 사건 유상증자가 있었음에도 BIS 비율 실적치가 9.3%에 불과한 이유는 증자로 인해 BIS 비율 운영여유가 생긴 외환은행이 규정상 요구되는 금액보다 대폭 큰 액수의 대손충당금을 쌓았기 때문이다.

기본자본 대비 보완자본 비율이 1:1 이었던 외환은행의 자본구조 특성상 3,000~5,000억 원의 증자시 대출 가능액이 6조 원에서 10조 원까지 증가하는 효과가 발생한다.

피고인 1, 2, 3은 외환은행이 다른 은행들과 달리 매 분기 말 위험가중자산 조절을 통해 BIS 비율 관리를 해야 할 정도로 부도 직전 은행이었다고 주장하나, 타 은행도 매 분기말 BIS 비율 관리를 위해 대출채권 규모를 줄여온 점 등을 보면 BIS 비율 관리는 리스크 관리가 핵심인 은행 등 금융기관의 통상 업무에 불과하다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 외환은행의 공소외 27 차장은 2003. 7. 4.자 보고서의 BIS 비율 5.42%에서 금감원의 요구에 따라 외환카드의 적자규모를 중립적인 4,000억 원으로 보고, 기타 일부 항목을 미세 조정한 금액을 반영한 6.16%가 기재된 문건을 2003. 7. 21.경 금감원 공소외 28 검사역에게 팩스로 송부한 사실, 금감원 은행검사1국은 외환은행이 산정한 BIS 비율 전망치 6.16%를 제대로 검증하지 않은 채 위 전망치가 금감원의 공식 전망치 9.14%나 외환은행의 수정경영계획상 전망치 10.0%와 큰 차이가 있었는데도 2003. 7. 25. 금감위 비공식 간담회 안건 자료를 작성하여 보고하고, 금감원 은행감독국은 2003. 7. 25. 금감원 은행검사1국이 보고한 BIS 비율 6.16% 자료는 그대로 둔 채 출처만 '외환은행 자체 추정'에서 '은행검사1국 추정'으로 변경하여 2003. 9. 5. 금감위 비공식간담회 및 2003. 9. 26. 본회의에 보고한 사실을 인정할 수 있다.

그러나 위 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 외환은행의 공소외 27 차장이 2003. 7. 21. 위 문건을 송부할 당시 금감원 공소외 28 검사역에게 SKG, 대러 차관 미수이자, 일반여신, 하이닉스 주식, 외환카드사 주식 등에 대한 대손충당금 및 추정 손실 산정 근거를 설명하여 주었고, 이에 대하여 공소외 28은 위와 같은 외환은행의 두산



중공업 주식 시가 평가, 대려 차관 미수이자 손실, 하이닉스 주식 평가 손실, 위험가중자산 산정은 적정하지 않다고 단정할 수 없다는 취지로 진술한 바 있으며, 대손충당금 적립 예상액이 증가된 경위 및 이에 대한 산정 근거자료가 갖추어져 있어 위와 같은 BIS 비율 전망치 및 잠재부실 규모가 잘못되었다고 평가하기 어려운 점, 외환은행이 기존에 재경부, 코메르츠뱅크 등에 보고한 BIS 비율 전망치가 최저 2.88%에 이르기 때문에, 인수자격 부여를 위하여 외환은행의 BIS 비율 전망치를 낮추려는 목적이 있었다면, 기존에 산출된 더 낮은 수치를 사용하는 것이 더욱 손쉬운 방법이었던 점, 금감원의 2003. 5. 27.자 보고서에 자본적정성의 중심지표가 2002. 11.경 BIS 비율에서 단순자기자본 비율로 변경되었다는 내용이 기재되어 있고, 금감위가 2003. 7. 25.자 간담회에서 예외승인을 긍정적으로 검토한 근거는 같은 날 제출된 보고서 상 '2003년 말 BIS 비율 전망치 6.2%, 당기순이익 5,848억 원, 단순자기자본비율 2.5%'라고 기재된 부분으로서, 위 BIS 비율 전망치가 그 유일한 근거가 아니고 2003. 9. 5. 간담회 및 2003. 9. 26. 본회의에서 인수자격이 부여된 근거는 BIS 비율 전망치 뿐 아니라 금감원과의 약정서 체결, 대주주 등에 의한 자본확충공란, 재경부의 예외승인 요청 등이 포함되므로, 위 BIS 비율 전망치는 예외승인의 여러 근거 중 하나에 불과한 점, 외환은행이 론스타와의 가격협상 과정에서 가격을 고의로 낮추거나 경영상황 악화를 이유로 한 예외승인을 통해 론스타에게 인수자격을 부여해 주기 위한 의도 하에 BIS 비율을 산정하였음을 인정할 자료가 없는 점, 금융기관이 자산건전성에 따라 여신이나 유가증권 등의 자산을 분류하였다고 하더라도 이에 대하여 대손충당금을 어느 정도 적립할지 여부는 자산건전성 분류 단계에 따른 최소 적립기준을 충족하는 이상, 금융기관의 자율에 맡겨져 있고, BIS 비율 전망치의 산정에 있어 어느 정도 비관적인 경우를 가정할 것인지 여부는 외환은행 경영진의 경영 판단의 영역에 속하는 점 등에 비추어 보면, 위와 같은 BIS 비율 전망치의 산출은 외환은행에 신규자본투입이 절실한 상황에서 론스타와의 협상의 결렬 가능성을 줄이고 거래의 성사를 위한 목적으로, 대주주 또는 재경부, 금감위에 대하여 대규모 신주발행의 필요성을 설득하고 나아가 수출입은행 및 코메르츠뱅크 보유 구주 매각을 설득하기 위해 이루어진 것으로 볼 수 있으며, 이와 달리 론스타와의 가격협상 과정에서 가격을 고의로 낮추거나 경영상황 악화를 이유로 한 예외승인을 통해 론스타에게 인수자격을 부여해 주기 위해 BIS 비율을 조작하였다고 할 수 없다.

#### (5) 론스타와의 협상 절차의 적정성 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

상법 제418조 제2항에서 규정하는 제3자배정의 사유 중에는 재무구조의 개선이 포함되어 있는바, 이러한 재무구조 개선 목적의 제3자배정 방식에 의한 신주발행의 경우 이를 공개경쟁입찰방식으로 추진한다면 회사 스스로가 재무구조 개선의 필요성이 있음을 일반인에게 공개하는 결과가 되고, 특히 금융기관의 경우에는 금융시장의 유동성을 고려할 때 예금이탈, 거래 고객에 대한 신뢰상실 등 부정적 영향을 미칠 가능성이 매우 높다.

외환은행은 2002년 하반기 주가가 액면가 이하로 하락함으로 인하여 일반공모증자가 실패한 바 있고, 2003년 상반기의 주가 또한 액면가 이하로 유지되고 있던 상황에서 공개경쟁입찰을 하는 경우 성공 여부 및 위와 같은 부정적 영향이 없었을 것이라고 장담하기도 어려운 상황이었으며, 특히 신주발행을 공개적으로 진행하기 위해서는 대주주들의 동의를 얻어야 하는데, 이 사건 매각 협상이 론스타의 요구에 의해 비공개적으로 추진되기 시작하였고 협상 진행도중 구주매각 여부가 연계되어 대주주들이 개입하게 되었던 것으로 외환은행은 물론 재경부 역시 신주발행을 공개경쟁절차로 진행하기는 어려웠을 것으로 보인다.

수출입은행법 제20조의2에 의하면 수출입은행에서 주식을 취득할 경우 재경부 장관의 승인을 얻도록 되어 있으나, 수출입은행이 주식을 매각할 때에는 이에 대한 규정이 없으므로, 코메르츠뱅크 보유 외환은행 지분은 물론 수출입은행 보유 지분의 매각에 관하여는 신주발행과 달리 공개입찰을 실시하는데 아무런 문제가 없고, 재경부 작성 2003. 7. 1.자 보고서에서도 공개경쟁입찰이 검토되었다.

한편 잡종재산을 처분하는 계약을 체결함에 있어서는 그 뜻을 공고하여 경쟁입찰에 붙여야 하고, 다만 대통령령이 정하는 경우에는 지명경쟁 또는 제한경쟁에 붙이거나 수의계약에 의할 수 있으며( 위 국유재산법 제33조), 잡종재산은 재산의 위치·형태·용도 등이나 계약의 목적·성질 등으로 보아 경쟁에 붙이기 곤란하거나 2회에 걸쳐 2인 이상의 유효한 입찰이 성립되지 아니한 경우 또는 현저하게 국가에 유리한 가격으로 계약할 수 있는 경우에는 수의계약에 의하여 이를 처분할 수 있는바( 위 국유재산법시행령 제36조 제1항 제1호), 외환은행의 신주발행과 수출입은행, 코메르츠뱅크 등 기존 주주 보유 외환은행 주식의 매각은 불가분적으로 진행되었고, 외환은행과 론스타의 협상에서 주된 목적은 론스타로부터 신규자본을 투자받는 대신 론스타에게 지배주주 내지 과반수주주의 지위를 확보해 주는 것이었으므로 구주만의 공개매각은 현실적으로 어려웠다.

더구나 신주발행의 주체는 외환은행이고 구주매각의 주체는 코메르츠뱅크와 수출입은행이며, 당시 외환은행은 공적자금관리위원회의 관리대상이 아니었고, 론스타가 외환은행과 비밀준수약정을 체결하고 자산부채실사를 진행할 당시 코메르츠뱅크와 수출입은행은 외환은행 경영진에게 주식매각을 명시적으로 위임한 바도 없었으므로 공개경쟁입찰을 한다면 그 매각을 추진하는 주체가 누가 되어야 할지도 알 수 없었다.

또한 외환위기 이후 2000년도까지 코메르츠뱅크와 수출입은행이 세 차례에 걸쳐 수의계약 형태로 외환은행 증자에 참여하였음에도 외환은행은 경영정상화가 되지 못하였고, 피고인 2는 2002년 말부터 잠재적 투자자를 물색하기 위하여 BNP Paribas, 시티그룹, CSFB 등을 접촉하였고, 외환은행의 재무자문사 모건스탠리는 HSBC, 스탠다드 차터드, 뉴브리지 캐피탈, 서버러스 등을 접촉하였으나, 뉴브리지 캐피탈을 제외한 잠재적 투자자들은 당시 한국경제에 대한 부정적인 전망을 이유로 난색을 표하기도 하였다.

한편 2003. 1. 중순경 외환은행의 공소외 2를 비롯한 실무진들 그리고 TF팀에게 자문을 하고 있던 공소외 24는 론스타의 예비제안과 뉴브리지 캐피탈의 제안을 비교·분석하였는데, 론스타 딜은 신규자금투입으로서 가격이 비교적 용이하게 결정될 수 있으나 뉴브리지 캐피탈 건은 합병안으로서 합병비율의 결정이 용이하지 않았고, 실패시 위험 부담, 제일은행 인수과정에서의 뉴브리지 캐피탈의 이미지 등을 고려하여, 론스타 딜이 내용적으로 우수하고 외환은행에 보다 적합한 안이라고 판단하였음에도 외환은행은 경쟁관계를 조성하기 위하여 뉴브리지 캐피탈이 2003. 5. 말경 자진하여 포기할 때까지 협상을 지속적으로 하였고, 피고인 2를 비롯한 외환은행 측에서는 론스타에게 뉴브리지 캐피탈과의 접촉 사실 및 경쟁 체제로 하겠다는 것을 분명히 통지하였다.

한편 SSB의 공소외 19가 2002. 4. 25. 그의 동료들에게 보낸 이메일에서 '조흥은행은 신한은행으로 갈 것으로 보이기 때문에 제일은행은 외환은행에 더 관심을 둘 수밖에 없다.

또한 정부는 은행 간 합병을 원하고 있다.

따라서 뉴브리지 캐피탈이 외환은행 인수를 위해 얼마나 돈을 쓸 수 있는지를 포함해서 얼마나 심각하게 외환은행 인수를 고려하고 있는지 알아보아야 한다'라고 하였고, 2003. 5. 10. 동료들에게 보낸 이메일에서 '론스타의 투자위원회는 예상외로 외환은행 인수 건에 대해서 SK 회계분식 등의 이유로 부정적이었다.

뉴브리지 캐피탈도 5월 19일까지 외환은행 인수 제안서 제출을 요구받았는데 론스타가 먼저 제출하기를 기다리고 있다.

외환은행의 6월 말 BIS 비율이 8% 이하로 내려갈 것으로 보인다.

만약 뉴브리지 캐피탈과 론스타가 모두 6월 말까지 제안서를 제출하지 않는다면 정부는 공개입찰을 할 수밖에 없는데, 다른 투자자들이 나타나지 않을 것이므로 또 다시 론스타와 뉴브리지 캐피탈과의 경쟁이 될 것이다'라고 하였는바, 론스타가 2003. 5. 하순까지 뉴브리지 캐피탈에 대해서 실질적인 경쟁자로 생각하였던 것으로 보인다.

위와 같은 사정들을 종합하면, 신주발행과 구주매각을 포함한 외환은행의 매각과 관련하여 그 방식 등 협상 절차에 있어 어떠한 잘못이 있다고 볼 수 없다.

#### (6) 그 밖에 위법·부당한 행위가 있었는지 여부

##### (가) 론스타에 몰아주기 협상 지시 여부

2002. 11. 5. 조찬 모임에서 피고인 1이 피고인 2에게 수익계약 절차로 론스타에게 론스타가 보유한 자금으로 론스타가 원하는 외환은행 지분 51%를 매각하는데 적극 협력하라고 지시한 사실이 있었는지에 관하여 보건대, 당시 모임에 참석하였던 피고인 1, 2, 당시 재경부 은행과장이었던 공소외 29 모두 위와 같은 지시가 없었다고 진술하고 있고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

##### (나) 상급자 기망을 통해 론스타에 대한 매각을 기정사실화하였는지 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 외환은행은 론스타의 외환은행에 대한 신주 및 구주의 인수 의사를 확인한 후 2003. 2. 12.자 '신규자본 유치에 관한 건' 보고서를 작성하여 피고인 2에게 보고하고, 2003. 2. 13. 은행제도와 공소외 30 사무관에게, 2003. 2. 21. 공소외 29 과장에게 각 보고한 사실, 위 보고서의 내용은, 외환은행의 재무지표와 관련하여 외환은행이 2003년에 5,000억 원 증자 및 위험가중자산 3.3조 원을 가정하여 2003년 말 BIS 비율을 10.3%로 전망하고, 최악의 경우 하이닉스 여신 및 출자전환 주식에 관하여 3,461억 원의 추가손실이 발생하는 경우(하이닉스 여신 중 무담보 여신 100% 손실, 공장담보 여신 75% 손실, 출자전환주식 주가 0원 가정), BIS 비율이 9.53%로, 증자가 무산되는 최악의 경우 BIS 비율이 8.32%로 각 하락할 것으로 예상하였으며, 론스타와의 협상과 관련하여, 론스타가 5억 불의 신규자본 투자 및 경영권 확보에 필요한 규모의 구주 매입을 원하고 있고, 인수 자격과 관련하여 구체적인 방안을 제시하지 않고 있으며, 필요시 외환은행이 협조하여 줄 것을 요청한 바 있다는 내용, 구주 매각과 관련하여 정부의 지분 매각 입장이 정해지지 않은 상태에서 코메르츠뱅크 지분 매각이 중요한데, 현재 코메르츠뱅크의 입장은 론스타의 자본참여는 수용 가능하고, 지분의 일부 매각은 고려할 수 있으나, 51% 이상 지분 보유는 반대한다는 내용, 투자금액별 지분율을 예상하면서 론스타가 주당 5,000원(신·구주 구별 없이)으로 참여한다는 가정 하에 신규투자 6,000억 원, 코메르츠뱅크 지분의 1/2 및 정부 지분 3,488억 원 상당을 매입할 경우 1조 2,500억 원으로 51%의 지분을 취득한다는 내용을 각 기재하고 있는 사실, 재경부 금정국 은행제도과는 외환은

행의 위 각 보고에 기초하여, 퇴임(실제 퇴임일자 2003. 2. 27.)을 며칠 앞둔 공소외 31 부총리에게 보고하기 위한 목적으로, 2003. 2. 24. '외환은행의 증자·지분매각(론스타 제안) 문제 검토'라는 제하의 보고서를 작성하였는데, 그 내용은 '외환은행에 자본확충이 시급한 점을 감안할 때, 법률상 제약요인 등이 해소될 경우 론스타의 자본참여를 긍정적으로 검토할 필요가 있고, 국내자본이나 해외금융자본의 유치가 어려운 여건상 외국계 펀드의 은행 경영참여도 전향적으로 검토할 필요가 있다'라는 등의 내용인 사실, 이후 은행제도과는 2003. 2. 28. 부임한 신임 부총리 공소외 26에게 위 문서를 한 페이지로 요약한 동일 제하의 보고서를 작성하였고, 피고인 1이 직접 보고한 사실을 인정할 수 있다.

피고인 1은 2002. 10.경 작성된 '론스타 펀드 관련' 문서를 공소외 31 부총리에게 보고하였고, 공소외 31이 금융 관련 보고서들은 잘 보지 않았기 때문에 당시 피고인 1이 문서를 꺼내 놓기는 하였으나 공소외 31이 보지 않고, '그냥 설명해 봐'라고 하였을 것 같다는 취지로 진술한 바 있고, 공소외 31은 제1 원심법정에서 위 보고서를 보고받은 기억이 없고 보고받지 않았을 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 피고인 1 및 공소외 29, 30은, 2002. 2. 24.자 부총리 보고서를 자신들이 직접 보고한 바는 없으나 공소외 30이 위 문서에 기재한 '부총리 보고' 문구를 고려하였을 때 어떠한 형식으로도 보고되었을 가능성이 높다고 진술하고 있고, 반면 공소외 31은, 위 보고서를 보고받은 바 없으며 퇴임 직전에 이러한 내용을 보고한다는 것은 상식적이지 않다는 취지로 진술한 바 있다.

살피건대, 피고인 1 및 공소외 29, 30 등이 상급자인 부총리에 대하여 론스타와의 협상에 관하여 보고하지 않았음에도 보고한 것처럼 가장하기 위해 위와 같이 부총리 보고용으로 문서를 따로 작성하여 둘 별다른 이유가 없을 뿐 아니라, 그렇다고 한다면 피고인 1 외에 공소외 29와 공소외 30 모두 사전에 공모하였다거나 피고인 1이 두 사람을 기망하였다는 것인데 그럴 가능성은 거의 없어 보이는 점, 공소외 30은 통상 상급자에 대해 보고가 이루어지면 보고서 우측 상단에 그 취지를 기재하여 두는데, 2003. 2. 24.자 보고서에는 '부총리 보고'라는 공소외 30의 기재가 있는 점, 공소외 31 부총리의 실제 퇴임일자는 2003. 2. 25.이 아닌 2. 27.이었으므로 2. 24.자 보고가 퇴임 하루 전에 이루어진 무리한 보고라고 단정할 수는 없는 점, 정권교체로 이임을 앞두고 있었던 공소외 31 부총리에게 보고하게 된 것은 2003. 2. 중순부터 외환은행에서 협상이 진전이 있다고 알려왔고, 공소외 31 부총리가 마지막까지 최선을 다해 달라고 당부했었던 것으로 보이는 점, 공소외 29 및 공소외 30은 제1 원심법정에서 부총리의 이임이 결정되어 있다고 하더라도 진행상황에 변화가 있으면 마지막 순간이라도 당연히 보고해야 한다고 진술한 점, 2003. 2. 당시까지 수출입은행 보유 구주 매각에 대한 방침이 확실하게 정하여지지 않았던 점 등에 비추어 보면, 위 두 개의 보고서가 실제로 보고되었을 가능성이 높다고 보이고, 따라서 피고인 1이 공소외 31 부총리에 대한 보고를 누락하는 등 상급자를 기망하였다고 단정하기 어렵다.

(다) 피고인 2, 3에게 협상의 모양 갖추기 지시 여부

피고인 1이 2003. 4. 28. 피고인 2에게 '인수자격 문제는 정부가 해결할 터이니 실무 협상을 외환은행 측에서 맡아 달라'고 지시하는 등 피고인 1이 공소외 15 등 론스타 쪽 사람들과 합의한 론스타의 건별 투자가능금액 10억 불에 외

환은행 51%를 매각하는 방안대로 외환은행 경영진이 실무절차를 수행하도록 지시하였는지에 관하여 살피건대, 피고인 1과 피고인 3의 면담 내용을 정리한 외환은행 내부 문서인 'KEXIM(수출입은행) 지분의 매각 가능성 검토'에 의하면, 피고인 1은 론스타에게 51% 지분을 줄 수 있는 구조를 만들 수 있는 방법을 외환은행이 제시할 수 있어야 한다고 말한 것으로 되어 있을 뿐 10억 불에 지분 51%를 넘겨줄 수 있는 구조를 만들라고 되어 있지 아니하고, 재경부 혹은 피고인 1이 10억 불에 51% 지분을 승인했다는 어떠한 문서도 존재하지 아니하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(라) 이사회 및 대주주 등에 대한 보고 누락, 비밀 유지를 지시하였는지 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 2는 2003. 7. 21.자 이사회에서 외환은행의 론스타와의 협상 사실을 밝히면서, 당시 가격 및 인수자격 협상이 진행 중이었음에도 론스타를 위주로 협의를 진행 중이고, 증자를 우선적으로 고려하고 있으며 가격이나 세부적인 조건은 결정된 바 없다는 취지로 보고한 사실, 외환은행은 2003. 7. 25. 론스타와 주요 거래조건에 합의하고 2003. 7. 28. 비구속적 주요 거래조건 합의서에 서명하였음에도, 피고인 2는 같은 날 이사회에서 론스타와 협상 중이고, 증자뿐만 아니라 구주 매입을 통해 경영권이 이전될 가능성이 있다는 취지로 보고한 사실을 인정할 수 있다.

그러나, 신주 배정과 관련하여 액면 미달 발행에 의한 유상증자의 경우 주주총회 특별결의를 요하는 사항으로 우리 상법상 유상증자에 관한 사항을 사전에 주주에게 미리 보고하도록 하는 규정은 없는 점, 주요 거래조건 합의 내용은 구속력이 없는 것이기 때문에(non-binding) 신주 발행가격이 확정되었다는 표현은 쓸 수 없는 점, 당시는 론스타의 2차 실사가 진행되고 있으므로 만약 2차 실사를 통해 추가 부실이 나타나면 론스타가 기존 합의가격을 거부할 가능성을 배제할 수는 없는 상황이었다는 점, 론스타와의 협상이 확정되어 본계약이 체결되기 이전에 그 경과가 외부에 알려질 경우 기대심리에 의한 주가의 이상 급등 현상이 나타나 거래에 악영향을 줄 수 있기 때문에, 행장 입장에서 협상 확정 전에는 가능한 한 그 경과를 대외적으로 알리지 않으려고 하였다는 피고인 2의 변소에 수긍이 가는 점, 피고인 3 역시 부행장으로서 이사회에 적절한 보고를 하지 않았다는 비난을 받을 소지는 있겠으나, 보고의 주체는 행장인 피고인 2라고 할 수 있을 뿐 아니라 피고인 3으로서는 피고인 2의 보고에 대해 이의를 제기하는 등의 조치를 취하기 어려웠을 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 피고인 2, 3이 이사회에 론스타와의 협상 사실을 늦게 보고하였다고 하여 이를 배임의 범의 하에 이루어진 행위라고 단정할 수 없고, 달리 배임의 의사에 기하여 위와 같은 행위를 하였다고 볼 자료도 없다.

(마) 가격 가이드라인의 제시 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ABN AMRO 작성 2002. 10. 22.자 보고서에는 론스타의 외환은행 인수 자금이 10억 불이라고 기재되어 있고, 공소외 32가 공소외 15에게 보낸 2003. 5. 27.자 이메일에는 외환은행 지분 51%를 획득하기 위해 소요되는 금액이 1조 3,600억 원(SSB의 2003. 5. 29.자 보고서에 기재된 금액)이라는 내용이 기재되어 있으며, SSB가 2003. 5. 29.부터 2003. 6. 15.까지 사이에 작성한 각 보고서에는, 신주 및 구주 매입 금액이 최소 1조 2,600억 원부터 최대 1조 3,830억 원까지 기재되어 있는 사실, 외환은행 작성의 2002. 11. 5.자 보고서에는 론스타의 총 투자규모가 10억 불(신주 6억 3,500만 불, 구주 3억 6,500만 불)이라고 기재되어 있고, 2003.

1. 9.자 보고서에는 '신규자본 유치 규모 5억 내지 10억 불'이라고 기재되어 있으며, 2003. 6. 4.자 보고서에는 'capital requirement 규모 7억 ~ 10억 불'이라고 기재되어 있는 사실, 재경부 작성 2003. 3. 28.자 보고서에는 '협의 중인 방안, 최대 10억 불'이라고 기재되어 있고, 금감위 작성 2003. 6. 11.자 보고서에는 론스타의 예상 제안내용으로 투자규모가 '10억 ~ 15억 불 상당'으로 기재되어 있는 사실, 공소외 33은, 론스타가 2002. 9.부터 이미 10억 불 수준에서 경영권 인수를 원했다는 취지로 진술하고, 피고인 5는, 공소외 15가 자신에게 외환은행과 관련해서 1조 원 이상을 투자하겠다고 말하였고, 피고인 1과 만나서도 10억 불 이상을 투자하겠다고 말하였다는 취지로 진술한 사실, 외환은행은 2003. 2. 13. 공소외 30 면담 시에, 사모펀드의 속성상 론스타가 액면가 이하로 제안할 가능성도 충분히 있다는 취지로 설명하고, 2003. 3. 22.자 보고서에는, 액면가 이상 발행 주장 시 협상 무산 가능성이 농후하므로 '감자 후 증자' 또는 '액면가 이하 증자'를 통해 투자자가 합리적인 가격으로 무리하지 않고 진입할 수 있는 근거를 마련하는 방안이 기재되어 있으며, 2003. 5. 9.자 보고서에는, 당시 주가수준 및 외환은행의 잠재부실 고려 시 가격협상에 어려움이 있고 액면가 이하 증자 가능성이 있다는 취지로 기재되어 있는 사실, 수출입은행 작성 2003. 4. 3.자 보고서에는, 신주 발행가는 당시 주가수준 고려 시 액면가 이하일 가능성이 높다는 취지로 기재되어 있고, 2003. 5. 7.자 보고서에는, 외환은행이 액면가 이상의 신주 인수가격을 제시할 계획이나 당시 주가 고려 시 최고 액면가 수준에서 결정될 전망이라는 취지로 기재되어 있는 사실, 재경부 작성 2003. 3. 28.자 보고서에는, 론스타가 2003. 1. 10.자 예비제안서 상 신주 가격으로 주당 4,500원 내지 5,000원을 제시한 바 있으나, 당시 론스타와 외환은행이 액면가 이하 발행 및 경영권 확보가 가능할 경우 대주주 주식 인수가 필요하지 않은 방안을 협의하고 있다고 기재되어 있고, 2003. 6. 12.자 보고서에서는, 론스타 측 실사 결과 및 외환은행의 주가 등을 고려하면 액면가 이하 발행의 불가피성은 어느 정도 수긍이 되고, 론스타가 주당 4,000원 대 증자방안을 제시할 전망이라는 취지로 기재되어 있는 사실, 외환은행의 2002. 11. 5.자 보고서에는 론스타가 10억 불로 액면가인 5,000원에 신주와 구주를 매입하는 가정 하에 48.5%의 지분을 취득하는 내용이 기재되어 있고, 2003. 2. 12.자 보고서에는 론스타가 액면가 5,000원에 신주 6,000억 원과 코메르츠뱅크 지분 1/2 및 정부 지분 3,488억 원 합계 1조 2,500억 원 상당을 매입하는 것을 가정하여 51%의 지분을 취득하는 내용이 기재되어 있으며, 2003. 5. 27.자 보고서의 '시나리오별 지분을 변동추이'에는, 신주 가격을 4,000원 내지 4,500원, 구주 가격을 5,000원, 론스타가 신주에 6억 내지 7억 불, 구주에 4억 불, 합계 10억 내지 11억 불을 투자하는 것을 가정하여 50.17% 내지 52.74%의 지분을 취득하는 내용이 기재되어 있고, 2003. 6. 2.자 보고서의 '지분율 simulation'에는 신주 가격 4,000원, 구주 가격 5,000원, 론스타가 10.6억 불 (1조 2,694억 원)을 투자하는 것을 가정하여 51%의 지분을 취득하는 내용이 기재되어 있는 사실, 재경부에서 2002. 10.경 작성한 론스타 펀드 관련 문서에는, 론스타가 신주 3,000억 원 상당 및 코메르츠뱅크 지분을 인수하는 가정 하에 41.91%의 지분을 취득하는 내용이 기재되어 있는 사실, 공소외 19의 2003. 4. 29.자 이메일에 의하면, 론스타에서는 신주와 구주를 동일한 가격으로 제안할 것이고, 외환은행의 주주들이 이중가격 책정을 원한다면 다시 논의해야 할 것이며, 만일 구주 가격이 더 높아진다면 신주 가격을 더욱 낮춤으로써 평균가격이 균등하게 되도록 조정해야 할 것이라는 취지로 기재되어 있는 사실, 수출입은행 작성의 2003. 5. 7.자 보고서에는 '구주 인수 가격은 경영권 프리미엄을 감안해 볼 때 신주 발행가보다 높은 수준에서 형성될 가능성이 높음'이라는 내용이 기재되어 있고, 2003. 7. 3.자 '주식가격 산정 참고자료'에는, 모건스탠리가 가격협상 기준을 설정함에 있어, 론스타의 제안서 상 신주 투자규모 1조 750억 원은 론스타가 외환은행의 재무건전성 확보(은행의 완전 clean화) 및 향후 영업기반 확보에 필요한 자금을 산정하여 제시한 금액임에 따라 고정 변수로 하고, 구주 가격을 최소 5,000원으로 하며, 신주 가격은

위 신주 투자규모 및 구주가격, 지분율 51%를 고정변수로 하여 종속변수로 산출한다는 내용이 기재되어 있으며, 2003. 7. 4.자 보고서에는 'LS측의 총 투자액과 인수지분율(51%)이 표명된 상태 하에서는 신주 및 구주간 trade-off 관계가 있는바, 구주 매각가를 올리기 위해 신주가격을 하향 조정했다는 오해 소지'라는 내용이 기재되어 있는 사실, 외환은행 공소외 21 작성 다이어리 사본의 2003. 6. 10.자 메모에는 '다음 주 proposal이 오면 그 후 action plan을 짜야 함. 주가를 누를 것'이라는 수기 기재부분이 있고, 외환은행 작성 2003. 6. 17.자 보고서에는, '제안서 접수 후 협상 과정에서 증자사실이 유포되거나 다른 이유로 인해 주가가 오름에 따라 신주 최저발행가격이 투자가가 제시한 신주발행 가격을 상회하는 경우 협상이 무산되고, 신주 발행 시와 마찬가지로 주가가 오름으로써 시가가 투자가가 제시한 구주매입 가격을 상회하는 경우가 발행할 수 있는데, 이 경우 코메르츠뱅크 및 수출입은행이 시가보다 낮은 가격으로 매각을 하는 것은 시장 및 언론의 반응 등을 고려할 때 의사 결정을 어렵게 하여 협상 무산의 원인이 될 수 있다'라는 취지로 기재되어 있는 사실을 인정할 수 있다.

그러나 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 론스타의 제안서 제출 이전 외환은행의 주가는 2003. 2. 19.에는 3,575원, 2003. 2. 21.에는 3,675원이었다가, SKG 사태, 카드채 사태 등이 발생한 이후인 2003. 4. 1.에는 2,875원까지 하락하였고, 이후 외환은행과 론스타의 협상이 언론에 보도된 시점인 2003. 4. 2.에는 2,985원, 이후 2003. 4. 8.에는 3,425원, 2003. 4. 10.에는 3,285원, 2003. 5. 6.에는 3,515원 등으로 횡보상태에 있었고, 2003. 6. 10.에는 3,715원으로 상승하였는바, 론스타의 제안서 제출 이전에 신주의 액면가 이하 발행을 검토한 주된 이유는 사모펀드의 속성, 당시의 주가 수준, 론스타 측 실사결과, 외환은행이 비관적인 경우를 가정한 잠재부실 액수 등을 고려하였기 때문인 것으로 보이는 점, 투자금액과 취득 가능한 지분율을 산정한 문서의 다양한 시나리오는 론스타와 외환은행 사이에 명확한 투자금액과 지분율 등 투자구조에 관한 합의가 없음을 나타낸다고 볼 수 있는 점, 외환은행의 신주 가격은 론스타의 제안서의 3,700원에서 2차 제안서 및 최종 합의 내용인 4,000원으로 상승한 반면, 이에 따라 신주발행 주수가 감소하여, 신주 매입금액은 1조 750억 원으로 유지되었고, 구주 가격은 1차 제안서의 4,500원에서 2차 제안서의 5,000원을 거쳐 최종 합의 내용인 5,400원으로 상승하였으며, 구주 매입주수도 1, 2차 제안서의 46,420,000주에서 최종 합의 내용의 57,101,715주(수출입은행 30,865,792주 + 코메르츠뱅크 26,235,923주)로 상승하여, 결국 구주 매입금액 또한 1차 제안서의 2,090억 원에서 2차 제안서의 2,321억 원을 거쳐 최종 합의안의 308,349,261,000원으로 상승하였는바, 론스타의 제안서 제출 이후 가격협상 과정에서는 신주와 구주 가격이 모두 증가하고 신·구주 전체 인수대금도 증가하여 trade-off 관계가 없는 점, 외환은행에서 주가 상승을 걱정한 이유는 대규모 신규자금 유치에 대한 기대감으로 인한 일시적 상승을 걱정한 것인 점, 공소외 33, 피고인 5의 진술만으로 피고인 1이 론스타에 대하여 외환은행 주식의 매각가격을 저가로 해 주겠다거나 10억 불에 50% 이상 매각하는 데에 동의하였다고 인정하기에는 부족한 점, SSB 작성 2003. 4. 22.자 이메일에는 " 공소외 15는 목요일에 피고인 1을 만나 정부의 가격에 대한 기대수준을 낮추기 위한 노력을 시작할 예정이며, 외환은행이 지난 몇 달 동안 가치가 하락했다는 점을 솔직하게 이야기할 것이라고 말했다"라는 내용이 기재되어 있고, 외환은행의 2003. 7. 8.자 '금융감독위원회 방문결과' 보고서에는 '구주가격 : MOFE가 지나치게 높은 가격을 고집하는 것 같음'이라는 내용이 기재되어 있으며, 2003. 7. 9.자 메모보고에는 피고인 1이 공소외 30에게 론스타의 2차 제안서에 대해서 가격이 너무 낮고 평균가격인 주당 3,880원은 수용할 수 없으며, 삼일의 실사결과 Case 1, 2의 중간 값에 조흥은행 멀티플인 2.55 내지 2.6을 곱한 숫자 또는 모건스탠리의 가치평가 최고값인 주당 4,350원은 되어야 한다는 취지로 말하였고, 주당 5,000원 이상을 고집해서

매각대금을 더 받아내려는 수출입은행의 입장을 두둔하였다는 내용이 기재되어 있는 등 피고인 1이 가격을 높이려고 하였다는 정황이 나타난 문서가 있는 점 등에 비추어 보면, 론스타와 피고인 1, 2, 3 사이에 '10억 불에 51% 지분 매각'이라는 구조에 따라 가격을 맞추려는 합의가 있었다고 보기 어렵다.

나아가 피고인 1이 2003. 5. 초순경 피고인 5와 함께 한 자리에서 공소외 15에게 신·구주 가격대를 합의해 준 후, 2003. 5. 초순경 피고인 2에게 조흥은행의 멀티플에 가격을 맞추라고 지시하고, 2003. 5.경 피고인 3에게 정부가 보유한 구주를 1주당 5,000원에 매각할 수 있다는 취지를 알려주면서, '외환은행 측에서는 론스타가 10억불+ $\alpha$ 에 외환은행 지분 51%를 취득할 수 있는 신·구주 혼합 형식의 가능한 매각 구조를 제시하라'고 지시하였는지에 관하여 이를 인정할 아무런 증거가 없다.

#### (바) 삼일회계법인의 실사에 대하여

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 자산실사 목적에 따른 자산실사의 방법과 Case 별 구분 설정은 외환은행에서 제안한 것이 아니라 삼일회계법인에서 제안한 것이고, 외환은행 측에서 특정한 부실규모를 정하여 평가해 달라는 요청은 없었던 점, 삼일회계법인의 중간실사결과 중 Case 1을 삭제하고, 나아가 잠재부실 증가요인을 추가로 반영하고 감소요인은 반영하지 않은 것은 사실이나, 이는 기존에 외환은행이 자체적으로 산정하여 대주주인 재경부, 코메르츠뱅크 등에 보고한 부실규모보다 작아 대주주 및 감독당국에 대한 증자 필요성 설득에 방해가 될 것이라고 생각하였기 때문인데, 외환은행이 비관적인 경우를 가정한 2003년 말 BIS 비율 전망치를 산정함에 있어 근거가 된 잠재부실 규모가 조작되었다고 평가할 수 없는 것과 마찬가지로, 이미 존재하는 잠재부실요소에 대하여 그 예상 규모를 반영함에 있어, 론스타 측에 일방적으로 유리하게 할 의도가 있었다고 볼 자료가 없는 이상, 자본확충을 성사시키기 위해 반영 여부를 조정할 수 있는 것이라고 보이는 점, 비록 삼일회계법인의 실사 결과가 이후 모건스탠리가 조정순자산가치에 멀티플을 곱하는 방식으로 가치평가를 하는데 기준이 되기는 하였으나, 이후 가치평가가 소극적인 의미에서 가격협상 방안이 가치평가 결과의 가격 범위 내에 있는지를 판단하는 기초자료로 사용되었을 뿐, 가격협상 방안의 적극적인 기준으로 사용되지 않은 점을 고려하면, 실사 결과나 가치평가 결과가 가격협상이나 인수자격 논의에 곧바로 반영될 것으로 예상하고 낮춘 것으로 보이지는 않는 점, 삼일회계법인의 실사에 참여한 회계사들은, 삼일회계법인의 실사 결과가 모건스탠리의 가치평가에 사용될 것으로 알지 못했고, 가치평가에 사용하기 위해서는 위와 같은 보수적 평가방법에 의하여 산정한 순자산가치가 아니라 기업회계기준에 의해 작성된 재무제표를 근거로 산정한 순자산가치에 주식시장에서의 시장가치와 감사보고서에 나온수치를 비교하여 산출한 멀티플을 곱하여야 한다는 취지로 진술한 바 있으나, 그 진술 내용이 삼일회계법인의 실사 결과가 실사 목적에 비추어 잘못 산정되었다는 취지는 아닌 것으로 보이는 점, 외환은행의 경영진이 삼일회계법인의 중간실사결과에 어느 정도의 부실을 더하거나 뺄 것인지, Case 1을 삭제할 것인지 등의 여부는 그 행위가 배임의 범의 하에 이루어진 것이 아닌 이상 가격협상을 위한 기초자료를 만든다는 측면에서 경영 판단의 영역에 속한다고 할 수 있는 점, 피고인 1, 3은 위 실사에 관여한 사실이 전혀 없는 것으로 보이는 점, 론스타 측이 매수인 실사를 의뢰하였던 삼정 KPMG는 외환은행의 잠재부실규모를 삼일회계법인보다 더 많은 1조 6,000억 원 규모로 산정하였던 점, 재무자문사의 가치평가는 회계법인의 자산부채실사결과에 따라 기계적으로 결정되는 것이 아니고 재무자문사가 개발하는 모델 그리고 그 모델에 어떠한 가정을 설정하느냐에 따라 상당한 차이가 있는 점 등에 비추어



보면, 외환은행에 신규자본투입이 절실한 상황에서 론스타와의 협상의 결렬 가능성을 줄이고 딜(deal)의 성사를 위한 목적으로, 론스타가 제시할 것으로 예상되는 협상안을 고려하였을 때 현실적으로 협상이 이루어지는데 불필요하다고 판단한 외환은행의 협상안을 제외하거나, 현실적으로 협상이 이루어지는데 불필요하다고 판단한 잠재부실 감소요인을 반영하지 않고 그 차이를 줄이기 위해 잠재부실 증가요인을 일부 반영한 것으로 볼 수 있으며, 이와 달리 론스타와의 가격협상 과정에서 가격을 고의로 낮추거나 경영상황 악화를 이유로 한 예외승인을 통해 론스타에게 인수자격을 부여하기 위해 이루어진 행위이거나 삼일회계법인의 실사결과가 조작되었다고 볼 수 없다.

#### (사) 모건스탠리의 가치평가에 대하여

살피건대, 외환은행이 모건스탠리에게 부여한 자문 업무의 기본적인 목적은 외환은행이 주식매각 거래를 검토하고 잠재적 투자자들의 투자제안을 평가할 때 참고할 수 있도록 일정 범위의 주식가치를 산정하는데 있는 점, 피고인 1을 비롯한 재경부에서는 외환은행의 주관 하에 이루어진 모건스탠리의 가치평가 결과를 믿고 존중하였던 점, 잠재부실을 반영한 조정순자산가치라고 평가할 수 있는 조흥은행과 신한은행의 거래 당시 멀티플이 1.3으로서 모건스탠리가 사용한 멀티플인 1.2 내지 2.0의 범위 내에 있는 점, DDM 법과 관련하여 모건스탠리가 수치를 조작하거나 일정한 가격을 맞추려고 했다면, 대손충당금 설정에 있어 22개 문제기업을 별도로 산정하는 대신 부실채권 비율이나 부실채권 대비 대손충당금 비율을 높이거나 할인율 등의 수치를 조정하는 것이 용이하였고, 다만 모건스탠리의 가치평가 보고서 상 조정순자산가치법(상대가치배수법)에 의하여 산정한 주당 순자산가치는 2,610원~4,350원으로 동일하나, DDM 법에 의하여 산정한 주당 가격 범위는 계속하여 변동하고, 조정순자산가치법에 의한 주당 순자산가치와 비교하면 최종 보고서의 DDM 결과가 이와 가장 근접한 범위라는 점에서, DDM 법에 의한 주당 순자산가치를 조정순자산가치법에 의한 주당 순자산가치와 비슷하게 맞추기 위한 것으로 보이는 점, 모건스탠리가 외환은행과 사이에 사전에 가치평가 결과를 일정한 액수로 협의하였다고 볼 만한 정황이나 자료가 없는 점, 비록 모건스탠리의 가치평가 결과를 기준으로 대응제안서 상 가격범위를 산정하기는 하였으나, 이후 가치평가가 소극적인 의미에서 가격협상 방안이 가치평가 결과의 가격 범위 내에 있는지를 판단하는 기초자료로 사용되었을 뿐 가격협상 방안의 적극적인 기준으로 사용되지 않았던 점, 공소외 2는 외환은행에서는 삼일회계법인의 실사 결과나 모건스탠리 가치평가 결과를 가격협상용으로 사용하겠다는 생각이 없었다는 취지로 진술한 바 있는 점 등을 고려하면, 외환은행에서는 가치평가 결과가 가격협상에 곧바로 반영될 것으로 예상하고 위와 같이 산정한 것으로 보이지는 않는 점, 피고인 2는 모건스탠리의 가치평가와 관련된 회의에 불참하였을 뿐 아니라 대손충당금 적립율 90% 변경에 관하여 지시한 바 없었고, 또한 TFT에서도 전체적인 관점에서 모순이 있거나 의문사항이 있는지를 검토하였을 뿐 구체적인 숫자나 가정에 대해서는 검토나 확인하지 않았다는 것이므로, 피고인 2나 피고인 3 등 경영진이 가치평가의 전문적이고 세부적인 과정에까지 실질적으로 개입하였다고 보기는 어려운 점, 외환은행 경영진이 모건스탠리 가치평가에 있어서 일정 사항의 반영을 요구하는 것 역시 그 행위가 배임의 범의 하에 이루어진 것이 아닌 이상 가격협상을 위한 기초자료를 만든다는 의미에서 경영 판단의 영역에 속한다고 할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 모건스탠리 가치평가 중 조정순자산가치법에 의한 멀티플은 조흥은행과 신한은행 거래 당시의 멀티플을 고려하였을 때 결과적으로 잘못 산출된 수치라고 보기 어렵고, 나아가 DDM 법에 있어 대손충당금 설정 비율을 조정한 것은 DDM 법에 의한 가격 범위를 조정순자산가치법에 의한 가격 범위와 비슷하게 맞추기 위한 것으로서, 외환은행에 신규자본투입이 절실한 상황에서 론스타와의 협상의 결렬 가능성을 줄이고 딜의 성사를 위한 목적에서 이루어진 행위로 볼 수 있으며, 이와

달리 론스타와의 가격협상 과정에서 가격을 고의로 낮추거나 경영상황 악화를 이유로 한 예외승인을 통해 론스타에게 인수자격을 부여해 주기 위한 배임의 의사로서 위 행위들이 이루어졌다고 볼 수는 없다.

(아) 코메르츠뱅크 압박 여부

검사는, 피고인 1은 2003. 4. 하순 외환은행으로부터 코메르츠뱅크의 공소외 34가 재경부를 방문하면 동인에게 '론스타와의 협상이 무산되면 외환은행에 공적자금투입 및 지분감자명령이 발동될 수 있다고 발언해 달라'는 요청을 받고, 2003. 4. 25. 은행제도과장 공소외 35로 하여금 재경부를 방문한 공소외 34에게 '정부는 외환은행의 재무상황이 매우 좋지 않은 점을 잘 알고 있으며 론스타의 외환은행 인수를 지지한다'는 취지의 발언을 하게 하는 등 코메르츠뱅크를 압박하였다고 주장한다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 재경부의 공소외 35 과장은 2003. 4. 25. 코메르츠뱅크의 공소외 34를 면담한 적이 있는데, 이와 관련하여 외환은행의 공소외 2는 2003. 4. 25.자 'Talking point of MOFE'와 'Talking point of with Dr. Nauman'이라는 문서를 작성하여 공소외 35 과장에게 전달한 사실, 위 'Talking point with Dr. Nauman' 문건은, 증거 필요성과 관련하여 코메르츠뱅크가 지분 매각에 유보적인 태도를 보일 경우 딜이 무산되면 공적자금 투입 가능성이 있고, 그렇게 될 경우 기존 주주 보유 지분에 대한 감자 가능성이 있다는 점을 Talking point로 삼고 있는 사실은 인정된다.

그러나 위 각 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 공소외 35 과장이 공소외 34와 공소외 36을 만나서 논의한 내용을 정리한 외환은행 작성 2003. 4. 25.자 '회의 내용 요약' 문건에는 위 Talking point와 관련한 진술이 나오지 않는 점, 코메르츠뱅크와 수출입은행이 외환은행의 대주주가 된 후, 외환은행의 경영권은 최대주주인 코메르츠뱅크가 가장 많이 행사하고 있었고, 코메르츠뱅크는 1998년 외환은행의 최대주주가 된 후 외환은행의 자본구조 변경과 구조조정 추진 등 주요사안에 대하여 거부권을 보유하고 있고, 2003년 이 사건 당시에도 코메르츠뱅크가 추천한 상임이사 2명이 외환은행 부행장 3인 중 2인으로서 은행의 핵심부서인 여신 및 국제금융을 담당하고 있었으며, 사외이사 2인이 경영에 참여하고 있었던 점, 피고인 2는 2003. 1. 24.경 코메르츠뱅크의 공소외 38 행장에게 '최근 론스타로부터 상당한 양의 주식매입 제안을 받아 현재 초기 단계의 논의를 진행하고 있다'는 취지의 서신보고를 하고, 외환은행은 2003. 1.말경 코메르츠뱅크가 파견한 상근부행장 공소외 36과 공소외 37에게 론스타의 제안을 보고하는 등 론스타와의 협상을 코메르츠에게 숨기거나 비밀로 추진한 것으로는 보이지 않는 점, 당시 코메르츠뱅크는 독일 본사의 경영 상황이 악화되었고 미국에 자회사를 갖고 있는 외환은행의 지분을 32% 가량 보유하고 있어 미국 은행지주회사법에 의하여 은행지주회사로 분류되어 미국 FRB로부터 상당한 정도로 규제를 받고 있어 외환은행에 대한 지분율을 FRB로부터 규제를 받지 않는 수준인 20% 미만으로 낮추려고 했던 상황이어서 코메르츠뱅크의 경영적 판단에 따라 외환은행 지분을 매각하였던 것으로 보이는 점, 2006년경 코메르츠뱅크가 감사원의 질의에 대하여 자신들의 입장을 정리하여 감사원에 제출한 답변서 사본(증나 제61호증의 1, 2)에 의하면, '우리의 결정은 모든 상황을 자체적으로 평가한 결과에 따른 것이지 외환은행의 한 문서의 내용으로 촉발된 것은 아니었습니다.

외환은행의 전망치는 우리의 KEB에 대한 하방 예상을 뒷받침하였기에 - 신용카드 자회사에 대한 부정적인 영향을 포함해서 - 외환은행의 전망치를 의심할 이유가 없었습니다.

또한 외환은행이 계산한 시나리오들이 경제적으로 있을 법한 시나리오 등의 면밀한 시나리오가 아니라는 증거도 없었습니다'라고 되어 있는 점, 코메르츠뱅크는 이 사건 매각 후 어떠한 이의제기도 하지 않고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 피고인들이 코메르츠뱅크를 압박하였다고 볼 수 없다.

(자) 뉴브리지 캐피탈의 의도적 배제 여부

2003. 4. 25. 뉴브리지 캐피탈(NB)의 공소외 39가 피고인 1을 방문함에 따라, 피고인 1, 공소외 30 및 모건스탠리의 공소외 40과 공소외 39, 제일은행장 공소외 41이 면담을 하였는바, 당시 면담 내용에 관하여 작성된 자료는 공소외 42가 정리한 자료와 공소외 30이 작성한 자료가 있다.

'동등한 조건이면 NB는 되기 어렵다'는 내용은 공소외 42가 정리한 자료에 기초한 것인데, 위 자료에 의하더라도 그 내용 다음에 'NB가 더 좋은 조건을 제시하면 가능할 수도 있음'이라고 기재되어 있고, 나아가 동일한 면담에 관하여 공소외 30이 작성한 자료에는 'NB가 더 좋은 조건을 제시하면 당연히 선택될 것임'이라고 기재되어 있는 점, 피고인 1과 뉴브리지 캐피탈 관계자와의 면담록(증가 제60호증)에는, 피고인 1은 '자본확충이 시급한 외환은행의 사정상, 어떤 형태의 증자도 환영한다.

외환은행과 계약조건에 합의하면 정부로서는 반대할 이유가 없다.

우선 증자하는 방식을 선호하고 그 후에 중립적인 입장에서 합병을 추진할 수 있다.

처음부터 합병을 추진하면 노조 문제 등 문제가 많을 수 있다.

과거 제일은행을 인수할 때와 같이 뉴브리지 캐피탈 단독으로 인수할 경우와 같은 방식의 예외승인은 안 된다.

합작은행이 필요하다.

투자 파트너로서 제일은행보다는 클린뱅크를 원하지만 제일은행도 차선은 된다'라고 말한 것으로 기재되어 있는 점, 뉴브리지 캐피탈의 공소외 39가 2003. 4. 25. 피고인 1과 면담한 후 뉴브리지 캐피탈은 2003. 5. 12. 외환은행과 사이에 비밀준수협약을 체결하고 외환은행으로부터 실사 관련 자료까지 제출받았던 점, 뉴브리지 캐피탈은 외환은행에 대한 자료를 분석한 후 2003. 5. 29. 투자자의사를 철회하였는바, 외환은행 인수 경쟁을 포기한 이유에 대하여 뉴브리지 캐피탈의 아시아 책임자인 공소외 39는 외환은행의 자문사인 모건스탠리에게 보낸 2003. 5. 29.자 이메일(증가 제61호증)에서, 외환은행과 제일은행 사이에 기업대출 대상 기업이 중복되어 있기 때문에 제일은행과 외환은행을 합병하면 동일 기업에 대한 여신 한도규제에 따라 여신을 감축하여야 한다고 되어 있는 점, 외환은행은 2003. 5. 경제정부 은행제도과에 론스타와 뉴브리지 캐피탈의 경쟁에 대한 정부의 정책방향을 질의하였는데, 은행제도과는 2003. 5. 28. '외환은행 증자 추진현황'이라는 문건에서 자본확충을 위한 여러 대안에 대해 중립적인 입장이라고 답하기도 한 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 뉴브리지 캐피탈을 배척하였거나, 뉴브리지 캐피탈이 피고인 1의 배척에 의하여 협상을 포기하였다고 보기는 어렵다.

(차) 대통령에 대한 외환은행 매각 협상진행 상황에 대한 허위보고 여부

2003. 4. 24.자 청와대 보고서에는 'NB와 제일은행을 통한 신규자본유치 방안도 병행 중'이라고 기재되어 있는바, 앞서 본 바와 같이 뉴브리지 캐피탈이 외환은행 인수를 포기한 시점은 2003. 5. 말경이므로 위 내용이 허위라고 볼 수 없고, 한편, 2003. 6. 27.자 청와대 보고서에는 위 2003. 4. 24.자 보고서와 동일하게 'NB와 제일은행을 통한 신규자본

유치 방안도 병행 중'이라고 기재되어 있는바, 위 보고서는 뉴브리지 캐피탈이 인수를 포기한 시점 이후에 작성되었으므로 위 내용은 잘못 기재되었다고 할 것이다.

그러나, 공소외 30은 위 보고서를 작성하여 당시 청와대 국정상황실 행정관으로 근무하고 있던 공소외 43에게 전달하였다고 진술하고 있는 반면, 공소외 43은 받은 기억이 없는 것으로 보아 청와대 윗선에 보고하지 않았을 것이라고 진술하고 있어 위 보고서의 보고 여부가 불확실한 점, 청와대 전달 자료의 내용에 새로운 사항이 없을 경우 통상 국장의 승인 없이 이루어지는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 위 보고서 작성에 관여하였다고 인정할 별다른 증거가 없다.

(카) 허위사실로 경제협력국장을 기망, 재정경제부 내 합리적 의사결정의 봉쇄 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 1은 2003. 5. 7. 공소외 30에게 지시하여 론스타의 코메르츠뱅크 지분인수가 곤란할 경우에 대한 대비책으로 수출입은행 지분 매각이 필요하고, 외자유치에 실패할 경우 부실금융기관지정, 감자 등 외환은행의 경영정상화를 위한 긴급조치를 강구하여야 하는 상황이라는 등의 내용으로 '수은지분 매각방안 강구 필요성'이라는 보고서( 2006고합1352 사건의 증거기록 3391)를 작성하고, 이를 경험국에 보고하여 설득한 사실은 인정할 수 있다.

그러나 재경부에서 부실금융기관 지정, 감자 등의 조치를 실제로 강구한 바는 없지만, 외환은행에서 당시까지 재경부에 보고한 BIS 비율 전망치가 8% 미만으로서 적기시정조치의 가능성이 있어 위 문서의 내용이 거짓이라고 볼 수 없는 점, 실제로 외환은행은 2003. 3. 19. 재경부 및 금감위에 대한 보고 당시 론스타와의 협상 성사를 위해 외환은행의 BIS 비율이 8% 이하로 하락하여 적기시정조치 부과요건에 해당되더라도 6월 말까지 유예해 줄 것을 요청한 바 있고, 은행제도과는 2003. 3. 28. 신임 공소외 210 차관에게 "BIS 비율이 8% 이하로 하락하여 적기시정조치 부과 여건에 해당되더라도 금년 6월말까지 유예해 줄 것을 요청하는 내용의 '외환은행의 증자 등 추진 현황'이라는 보고서(위 증거기록 2291)를 보고한 점, 피고인 1의 지시에 의하여 공소외 35, 30 등이 작성한 것으로 되어 있는 위 보고서의 내용이 허위사실이라고 한다면 위 관계자들 모두 피고인 1의 기망행위에 가담한 것으로 보아야 하는데, 그럴 가능성은 희박한 점, 외환은행도 코메르츠뱅크 설득 과정에서 위와 같은 표현을 사용한 바 있는 점 등을 고려하면, 피고인 1이 위 보고서에 사용한 표현은 단순히 공소외 23을 설득하여 업무를 추진하기 위한 것이었지 허위사실에 의하여 공소외 23 등 경험국을 압박하고자 하는 의도로 허위 기재를 하였다고 보기는 어렵다.

(타) 수출입은행 압박 여부

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 수출입은행 보유 외환은행 주식의 매각에 관하여 5,000원 이상이면 매각이 가능하다는 것은 피고인 1이 부총리의 결재를 받은 사항인 점, 수출입은행 입장에서는 외환은행 주식의 시가가 액면가 이하인 상태에서 평가손실을 피하기 위해 2003. 12. 말까지 우선주를 매각할 필요성이 있었던 점, 수출입은행은 대응 제안서 송부 전까지 적어도 론스타와의 양해각서 체결 사실을 통보받았고, 우선주 5,000원 이상 매각을 검토하였으며, 삼일회계법인의 실사 결과 및 외환은행의 경영현안 진행 상황을 통보받았던 점, 수출입은행은 론스타의 2차 제안서에 대한 통보를 받고 콜 옵션을 거부하였다가, 2003. 7. 14. 콜 옵션을 수용하되 조건을 30일 평균주가로 하는 독자적인 콜 옵션 방안을 제시한 바 있으며, 2003. 7. 23. 재경부

의 요청으로 수용한 콜 옵션의 내용은 행사가격에 있어 시가와 평균가격의 중간 값으로서 콜 옵션 수용 과정에서 어느 정도 능동적인 대처가 있었다고 보아야 하며, 피고인 1로부터 전화가 온 이후에도 수출입은행은 콜 옵션과 관련한 협상을 계속한 바 있는 점, 피고인 1은 콜 옵션 수용과 관련하여 합의가 이루어지지 못했다는 사실을 공소외 35 은행제도과장으로부터 보고받고 공소외 26 부총리에게 중재를 하겠다는 보고를 한 후 공소외 35 과장에게 중재안을 만들어보라고 지시하였는데, 당시 은행제도과는 개별 협상당사자의 이해관계를 정확히 알지 못하여 매각자 문사인 모건스탠리와 협의하여 중간값 개념의 중재안을 작성한 것으로 보이는 점, 콜 옵션의 수용과 관련하여, 수출입은행이 콜 옵션에 대하여 반대한 이유는 향후 외환은행의 주가상승으로 인한 이익을 고려한 것인데, 향후 주가가 상승하는 주된 원인은 론스타의 신규자본 투입이라고 볼 수 있는바, 콜 옵션 문제로 딜이 깨지는 경우 위와 같은 향후 주가 상승으로 인한 이익 또한 기대할 수 없다는 것은 당연하므로 당시 론스타가 콜 옵션을 강력하게 희망하고 있었던 이상 이의 수용은 불가피하였고, 또한 콜 옵션의 수용으로 인하여 구주 가격이 기존 협상 중이었던 5,000원 수준에서 최종 협상가격인 5,400원으로 인상된 점을 고려하면, 구주 가격이 주당 400원 인상되는 경제적 이익의 효과가 큰 편이 아니라고 하더라도 위 콜 옵션의 수용이 수출입은행에 대하여 부당한 결과라고 보기 어려운 점, 수출입은행의 공소외 44 행장은 2003. 8.말 또는 9.초순경 재경부에 들러 "이번 딜은 모두에게 win-win이 되었고, 수출입은행도 만족하고 있다"라고 말하기도 한 점, 공소외 45 당시 수출입은행 자금부장과 최용안 당시 수출입은행 부장은 재경부로부터 유·무형의 압력은 없었다라고 진술하고 있는 점, 수출입은행은 외환은행 주식을 매각함에 있어 최종적으로는 수출입은행의 이사회에서 결정한 것인 점 등의 사정에 비추어 보면, 수출입은행이 재경부 또는 외환은행의 부당한 압력에 의해 구주를 매각하게 되었다거나 불리한 가격 조건을 수용하였다고 볼 수 없다.

#### (파) 실무진의 공개경쟁 입찰 건의 목살 여부

공소외 35는 2003. 7. 1.자 '외환은행 지분매각 방식(공개입찰) 검토' 보고서{ 2006고합1352 사건의 증거기록 170)를 통해 외환은행의 지분매각 방식으로 공개입찰을 추진하는 방안을 건의한 바 있고, 이에 대해 피고인 1은 절차상 반드시 공개매각을 할 필요는 없고 당시 시점에서 여러 가지 상황을 고려하였을 때 공개매각은 어려울 것 같다는 취지로 말하면서 공개매각에 대한 반대의를 표시한 바 있다.

그러나 공소외 35는 위 보고서와 관련하여 당시 론스타와의 협상이 이미 진행 중이었기 때문에 공개매각이 적절하지 않다고 판단하는 등 보고서로서의 가치가 크지 않다고 생각하여 이를 피고인 1 등 상급자에게 보고하지 않았다는 취지로 진술하고 있는 점, 공소외 30은 위 2003. 7. 1.자 보고서를 작성한 것이 공개경쟁입찰 방식으로 진행하더라도 뱅크런 등의 문제가 없을 것이라고 생각했기 때문은 아니며, 있을 수 있는 비판을 불식시키기 위한 것이었다는 취지로 진술한 바 있는 점, 피고인 1 뿐 아니라 재경부, 외환은행, 코메르츠뱅크 측에서는 모두 외환은행의 잠재부실 규모를 드러낼 수 있는 신주발행절차를 공개경쟁입찰로 진행하는 것에 대하여 부정적으로 생각한 것으로 보이는 점, 실제로 2003. 7. 1. 당시의 협상 진행 과정에 비추어 다시 공개경쟁절차를 시작한다는 것은 무리였다고 보일 뿐 아니라, 달리 자본확충의 마땅한 대안이 없는 상황에서 그로 인하여 론스타가 협상에서 철수할 경우 외환은행의 자본확충은 포기하여야 될 가능성도 높았던 점 등을 고려하면, 피고인 1이 실무진의 공개경쟁 입찰 건의를 묵살하였다고 보기는 그 건의를 받아들이는 것이 적절치 않아 이를 받아들이지 않았던 것으로서, 자신의 통상적인 업무 권한 범위 내에서 결정한 정책적 판단이라고 보일 뿐 어떤 배임적 의도 하에 위 건의를 무시하였다고 보기는 어렵다.

(하) 불법적 인수자격 부여의 주도 여부

피고인 1이 2003. 7. 초경 피고인 3을 통해 예외승인에 필요한 BIS 비율 등 재무자료는 외환은행에서 책임지라고 말하였는지에 관하여, 공소외 2는 원심법정에서 '인수자격승인에 있어 BIS 비율 전망치가 하나의 자료로 사용되었던 사실은 그 당시에는 몰랐고 수사를 받으면서 알게 되었다'고 진술하여 BIS 비율 조작의 필요성이 있을 수 없다고 증언하였을 뿐만 아니라, 이를 인정할 증거가 없다.

(7) 소결

결국 피고인 2, 3, 1에게 이 사건 신주발행과 구주매각과 관련하여 재산상 손해를 야기하는 임무위배행위가 있었다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피해자인 외환은행, 코메르츠뱅크, 수출입은행 등에게 손해 또는 손해발생의 위험이 발생하였다고 볼 수도 없다.

3. 결론

따라서 위 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.

[ 피고인 1의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(뇌물)의 점]

1. 공소사실의 요지

피고인 1은 2001. 4.부터 2004. 1.까지 재경부 금정국장으로 재직하면서 2005. 1. 금융정보분석원장을 마지막으로 재경부에서 퇴직하고, 그 직후 재경부 시절부터 계획한 사모펀드 운영사업을 하기로 하고 펀드출자를 유치하여 같은 해 8. 합자회사 형태의 공소외 198 주식회사를 설립·운영하여 왔다.

피고인 1은 별지 공소사실 기재와 같이 피고인 5의 부정한 청탁을 받고 실사 결과가 나오기도 전에 공소외 15와 만나 매매가격을 사실상 결정하고, 공소외 15로부터 콜옵션 수용을 요청받아 사실상 이를 승낙하고, 예외승인해달라는 부정한 청탁을 받아오던 중, 위와 같이 피고인 5가 자신에게 론스타가 외환은행을 인수할 수 있도록 도와달라는 부탁을 하고 있음을 기화로 피고인 5로부터 금원이나 재산상 이익을 수수하기로 마음먹고,

가. 2003. 7. 31.경 불상지에서 자신의 동생 공소외 3에게 금원을 교부해달라고 피고인 5에게 요구하여 이를 승낙한 동인으로 하여금 서울 서초구 서초동 소재 하나은행 지점에서 위 공소외 3이 운영하는 공소외 194 주식회사 명의 통장으로 2,000만 원을 송금하도록 하고,

나. 2004년 봄 일자불상경 불상지에서 위 공소외 3에게 추가로 1,000만 원을 교부해달라고 피고인 5에게 다시 요구하여 이를 승낙한 동인으로 하여금 위 일시경 서울 강남구 역삼동 소재 공소외 3이 운영하는 공소외 194 주식회사 사무실에서 공소외 3에게 1,000만 원을 교부하도록 하였다.

2. 판단

(1) 2004년 봄경 1,000만 원에 대한 피고인 5 진술의 신빙성

피고인 5는 구속 전까지 피고인 1에 대한 금품공여사실을 전면 부인하였다가 2006. 11. 15. 구속된 직후인 2006. 11. 22. 검찰에서 "2003년 상반기에 피고인 1이 동생 회사에 투자를 해달라고 하여 피고인 1의 동생인 공소외 3 사무

실에서 공소외 3에게 1,000만 원을 교부했고, 2003년 하반기경 다시 피고인 1이 동생이 증자를 하는데 투자를 해 달라고 부탁하여 공소외 3이 지정하는 계좌로 1,000만 원을 송금하였다"라고 진술하고(2006고합1342 사건의 증거 기록 2111), 2006. 12. 1. 검찰에서 "분명한 기억은 공소외 3 회사의 증자를 이유로 돈을 보내 주기 전에 공소외 3을 사무실로 직접 찾아가 1,000만 원을 건네주었다.

2003년 상반기 1,000만 원은 변동이 없는 것이고, 2003년 하반기도 1,000만 원으로 기억하였던 것은 송금 전까지는 마음속으로 1,000만 원을 생각하고 있었는데, 외환은행 매각 일정 막바지라서 피고인 1에게 동생 일에 조금 더 신경을 쓰는 모습을 보여 주는 것이 좋겠다는 생각에서 1,000만 원을 더 보낸 것인데, 오래 전 일이라서 1,000만 원으로만 기억을 하고 있었기 때문이다.

시기에 대해서는 변동이 없다.

2003년 상반기에 방문했던 공소외 3의 사무실은 선릉역 부근에 있는 작은 건물에 위치하고 있었다"라고 진술하였으며(위 증거기록 2201, 2205), 2006. 12. 21. 제2 원심 제1회 공판기일에 "2003. 5.경 1,000만 원을, 2003. 7. 31. 2,000만 원을 주었다.

날짜는 정확히 기억나지 않지만 변국장 사무실에 찾아갔을 때 '투자를 좀 해 주었으면 좋겠다'는 이야기를 듣고 투자하였다, 친구의 동생이 운영하는 회사에 유상증자대금으로 투자한 것이기 때문에 정확히 언제 돌려받아야겠다고 약정한 일이 없을 뿐이고, 뇌물을 준 것은 아니다.

2003. 5.은 론스타의 외환은행 인수자격이 문제로 되지도 않는 시기이므로 피고인 1이 론스타의 외환은행 인수에 적극 협조해 주는데 대한 대가를 줄 시기도 아니고 2003. 4.에 피고인 1로부터 자신의 동생에게 1,000만 원을 투자해 달라는 부탁을 받았다"라고 진술하였다(제2 원심 공판기록 81, 100, 101). 그 후 공소외 3의 사무실은 2003. 7. 22. 도곡동에서 역삼동으로 이전하였다는 공소외 3 회사의 등기부등본(증가제101호증)이 제출되자 2007. 11. 26. 제1 원심 제31회 공판기일에 "2003. 7. 하순경에 2,000만 원을 주고, 2004년 봄경에 1,000만 원을 추가로 주었다.

2,000만 원을 송금하기 전에 공소외 3 사무실에 가서 투자할 만한 대상인지를 확인하였다"라고 진술하였다(제1 원심 공판기록 6227, 6230, 6231), 2007. 12. 10. 제1 원심 제32회 공판기일에 "2003년에 역삼동 소재 공소외 3 사무실에 찾아가 시점은 공소외 3 사무실을 옮긴 2003. 7. 22.에서 같은 달 31. 사이이다"라고 진술하였다(제1 원심 공판기록 6393).

형사재판에서 범죄사실의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하는 것이므로, 검사의 입증이 위와 같은 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 비록 피고인의 주장이나 변명이 모순되거나 석연치 않는 면이 있는 등 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다.

위에서 본 바와 같이 1,000만 원의 교부 시점, 교부 경위에 관하여 진술이 일관되지 못한 점, 피고인 5는 2003. 7. 하순경 2,000만 원을 송금하기 전 선릉역과 라마다 르네상스 호텔 중간쯤에 있는 공소외 3의 사무실에 갔다고 진술한 바 있으나, 공소외 194 주식회사의 법인 등기부 등본에는 공소외 194 주식회사 본점 소재지는 도곡동에 위치하고 있었다가 2003. 7. 22. 역삼동 (이하 생략)○○빌딩으로 이전한 것으로 기재되어 있고, 공소외 46의 진술 및 공소외 3의 확인서에 의하면, 실제 사무실 이전은 2003. 8. 10.임을 알 수 있어, 피고인 5의 진술 내용이 객관적 사실과 일치하지 아니하는 점, 공소외 46, 3은 2003년 상반기 및 2004년 상반기에 증자가 없었다고 진술하고 있어 증자를

하는데 투자하였다는 피고인 5의 진술과 상이한 점, 2004년 상반기에 투자한 1,000만 원은 주주명부에 기재되어 있지 않은 점, 피고인 5가 피고인 1에게 직무의 대가로 400만 원의 뇌물을 공여하고, 직무상 부정한 행위의 대가로 774만 원의 뇌물을 공여하였다는 피고인 5 진술 부분의 신빙성을 배척하는 이 사건에서, 피고인 5의 이 부분 진술을 신뢰하려면 신빙성을 배척하는 위 진술부분과는 달리 이 부분 진술만은 신뢰할 수 있다는 근거가 확신할 수 있을 정도로 충분히 제시되어야 하는데 그렇지 못한 점 등에 비추어 보면, 피고인 5가 2004년 봄경 공소외 3에게 1,000만 원을 교부하였다는 취지의 진술은 믿기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(2) 2003. 7. 31.경 2,000만 원

한편 피고인 5의 진술, 공소외 194 주식회사 통장의 거래내역(증 가75호), 공소외 194 주식회사의 주주명부(증 가 76호) 등을 종합하면, 피고인 5가 2003. 7. 하순경 2,000만 원을 송금한 사실은 인정된다.

뇌물죄에 있어서 '직무'라 함은 공무원이 법령상 관장하는 사무 그 자체뿐만 아니라 그 직무와 밀접한 관계가 있는 행위 또는 관례상이나 사실상 소관하는 직무행위 및 결정권자를 보좌하거나 영향을 줄 수 있는 직무행위도 포함되고( 대법원 1996. 11. 15. 선고 95도1114 판결), 뇌물죄는 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 보호법익으로 하고 있으므로 뇌물성을 인정하는 데에는 그 직무에 관하여 수수된 것으로 족하고, 피고인이 청탁과 무관하게 소신에 따라 직무를 처리하였다고 하더라도 직무와의 관련성이 인정되는 이상 뇌물죄를 인정함에 아무런 장애가 되지 아니하며, 공무원이 얻은 어떤 이익이 직무와 대가관계가 있는 부당한 이익으로서 뇌물에 해당하는지 여부는 그 공무원의 직무내용, 직무와 이익제공자와의 관계, 쌍방 간에 특수한 사적 친분관계가 존재하는지 여부, 이익의 다과, 이익을 수수한 경위와 시기 등 모든 사정을 참작하여 결정되어야 하고, 뇌물죄의 보호법익에 비추어 공무원이 그 이익을 수수하는 것으로 인하여 사회일반으로부터 직무집행의 공정성을 의심받게 되는지 여부도 뇌물죄의 성부의 판단 기준이 되어야 한다.

그런데 공무원이 직접 뇌물을 받지 아니하고 증뢰자로 하여금 다른 사람에게 뇌물을 공여하도록 한 경우 형법 제 130조의 제3자뇌물공여죄가 성립하는바, 제3자뇌물공여죄에 있어서 '청탁'이란 공무원에 대하여 일정한 직무집행을 할 것을 의뢰하는 행위를 말하고, '부정한' 청탁이란, 의뢰한 직무집행 자체가 위법하거나 부당한 경우는 물론, 의뢰한 직무집행 그 자체는 위법하거나 부당하지 아니하지만 당해 직무집행을 어떤 대가관계와 연결시켜 그 직무집행에 관한 대가의 교부를 내용으로 하는 청탁이라면 의연 '부정한 청탁'에 해당한다고 보아야 한다.

그리고 위와 같은 경우 대가관계의 연결은 암묵적으로도 가능한 것이며, 그 대가의 내용·액수나 교부 일시·방법 등이 청탁 당시부터 구체적이고도 명확히 특정될 것까지 요하는 것은 아니고, 모종의 대가에 관한 양해가 존재하는 한 공무원에게 직접 대가를 교부할 것인지 아니면 공무원이 원하는 제3자에게 교부할 것인지가 청탁 당시에는 명확하지 않다 하더라도 의연 청탁의 부정성은 인정된다고 보아야 할 것이다( 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결 참조).

살피건대 외환은행의 신주발행과 수출입은행의 구주매각 업무가 피고인 1의 법령상 직무권한에 속하는 행위라고 볼 수 없으나, 재경부장관이 국유재산인 외환은행 주식의 관리 또는 처분을 한국은행, 수출입은행에 위임하였기 때문에, 외환은행의 신주발행에 있어서 한국은행, 수출입은행이 보유하는 외환은행 주식의 실질가치가 희석되지 않도록, 또 수출입은행의 구주매각에 있어서 현저하게 불공정한 가액으로 매각되지 않도록 감독당국으로서 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 할 의무가 있다는 점에서, 피고인 1이 외환은행의 신주발행에 있어서 한국은행과 수



출입은행이 정당한 주주권을 행사하도록, 수출입은행의 구주매각에 있어서 수출입은행이 적정한 가격에 매각하도록 감독하는 행위는 금융산업의 구조개선 등의 업무를 담당하는 금정국장의 직무와 밀접하게 관련되어 있다고 볼 것이다.

기록에 의하면, 론스타가 외환은행의 주식 51%를 취득하기 위해서는 금감위의 승인을 얻어야 하고 재경부 금정국장인 피고인 1은 금감위에 예외승인을 적극 검토하여 달라는 공문을 송부하는 등 금감위의 심의와 관련하여 영향을 미칠 수 있는 지위에 있었던 사실, 고교동창인 피고인 5가 론스타의 위임을 받아 피고인 1에게 론스타가 외환은행을 인수할 수 있도록 도와달라고 청탁한 사실, 피고인 1이 피고인 5에게 자신의 동생인 공소외 3이 운영하는 공소외 194 주식회사에 투자할 것을 요청하여 피고인 5가 공소외 3에게 2,000만 원을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

위 인정사실을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 1이 금감위의 직무행위에 관여하는 것이 피고인 1의 직무행위 자체라고 할 수는 없으나, 외환은행 매각과 관련하여 금감위에 예외승인을 권유·설득하는 행위 역시 피고인 1의 직무와 밀접한 관계에 있다고 볼 것이고, 피고인 5는 론스타가 외환은행을 인수할 수 있도록 예외승인을 청탁하고 피고인 1이 공소외 3에게 투자하여 달라고 요청하자 이를 받아들여 공소외 3에게 투자하였으니, 피고인 5의 공소외 3에 대한 투자행위는 피고인 1의 직무행위에 대한 청탁의 대가로서 이와 같은 대가관계의 연결에 관하여 피고인 5와 피고인 1은 암묵적으로 상통하였다고 할 것이므로, 피고인 1에 대하여는 일응 제3자뇌물제공죄가 성립한다.

다만, 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 공소외 194 주식회사의 주주명부 상에는 피고인 5가 2,000만 원을 투자한 주주로서 등재되어 있고, 그 이후 공소외 194 주식회사가 2004년경 공소외 195 주식회사와 합병한 후 공소외 3이 2007년경 대표이사에서 물러난 이후에도 주주로서 명부에 기재되어 있는 점, 피고인 5는 당심에서 2,000만 원을 송금하기 전 공소외 3에게 전화하여 투자 결정에 필요한 자료를 보내 달라고 하여 공소외 3은 사업계획서와 회사소개 자료들과 함께 공소외 194 주식회사를 소개한 전자신문 기사(증가 제77호증, 2003. 7. 8.자 전자신문 기사)를 보내 주었다고 진술한 점, 피고인 5는 2003. 10.경부터 공소외 194 주식회사의 고문으로 일하면서 2004년부터 공소외 194 주식회사가 각종 언론에 보도되도록 도와주고, 행자부, 청와대 정책실, 외국 바이어 등에 소개를 하여 주기도 하는 등 공소외 194 주식회사 운영에 상당한 관여를 한 점(공소외 46의 제1 원심 법정진술) 등에 비추어 보면, 피고인 5가 투자로 인한 이익금을 반환받을 의사를 적극적으로 보이지 않았다고 하더라도, 피고인 5가 투자로 인한 이익금을 전혀 반환받을 의사 없이 공소외 3에게 투자하였다고 단정하기 어려우므로, 이 사건 투자계약체결에 의한 이익, 즉 투자받은 이익 내지 현금유동성취득으로 인한 이익을 뇌물로 보는 것은 별론으로 하고, 공소외 3이 투자받은 2,000만 원 자체를 뇌물이라고 볼 수 없으며, 달리 이 점을 인정할 증거가 없다.

### 3. 결론

따라서 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.

[별지 생략]

판사 이강원(재판장) 조규석 이성호