

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·사문서위조·위조사문서

행사·증권거래법위반·공직선거법위반·배상명령신청

[서울고등법원 2009. 2. 5. 2008노1143, 2008노1759(병합), 2008초기765, 1020, 2008초기770, 2008초기943]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인 및 검사

【검 사】 최성환외 1인

【변 호 인】 변호사 홍선식외 7인

【배상 신청인】 배상신청인 1외 2인

【원심판결】 1. 서울중앙지방법원 2008. 4. 17. 선고 2007고합1408 판결, 2. 서울중앙지방법원 2008. 7. 4. 선고 2008고합606 판결

【주문】

】

제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 판시 위조사문서행사죄 부분을 각 파기한다.

피고인을 징역 7년 및 벌금 10,000,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 20,000,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

제1 원심판결 선고 전의 구금일수 153일을 위 징역형에 산입한다.

압수된 별지 목록 기재 물건 등(서울지방검찰청 2002압제3247호 증제189 내지 194호 및 서울중앙지방검찰청 2008압제662호 증제1호)을 각 몰수한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

제2 원심판결 중 판시 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소를 기각한다.

배상신청인들의 각 배상신청을 각하한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해(항소이유를 보충하는 범위내에서 변호인이 제출한 변론요지서를 참고한다)

(가) 공소시효의 점

피고인은 2001. 12. 20. 미국으로 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 경영에 전혀 관여하지 않은 점, 공소외 1이 공소외 6 주식회사의 업무를 관리하지 않은 점, 피고인이 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인한 적은 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 형사처분을 면할 목적으로 도주하였다고 볼 수 없다.

(나) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점

제1 원심판결은 공소외 2의 진술을 믿고 피고인에 대한 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 공소외 2의 진술은 공소외 3에게 여권위조를 지시한 경위, 피고인이 공소외 3에게 직접 위조를 지시하였는지, 위조여권 등을 법무사 사무실에 전달한 사람이 누구였는지, 피고인이 여권과 법인설립인가서를 모두 위조하도록 지시하였는지, 여권과 법인설립인가서의 위조수법 등에 관하여 진술을 여러 차례 반복하는 점 등에 비추어 볼 때 믿을 수 없고, 피고인에게는 여권과 법인설립인가서를 위조하도록 지시할 동기가 없으며, 이 부분 공소사실에 관하여는 공소외 2의 진술 외에 어떠한 물적 증거도 없다.

또한, 피고인은 2001. 12. 20. 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 업무와 관련하여 국내의 직원들과 특별히 연락을 주고 받은 사실이 없고, 2001. 12. 20. 이후의 위조여권행사의 점에 대하여는 알지도 못한다.

(다) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점

① 주식매매 경위

피고인은 <<<뱅크를 우회상장하기 위하여 공소외 6 주식회사를 인수하기로 하면서, 인수를 위한 시간을 절약하고 인수비용을 줄이기 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 최소한 37% 정도 확보한 다음 <<은행과 협상을 진행하여 공소외 6 주식회사를 인수하고, 만약 <<은행이 협상을 거부하면 적대적 인수를 실행할 계획이었다.

피고인은 이러한 계획하에 공소외 6 주식회사의 주식을 은밀하게 매집한 것이다.

피고인이 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수한 이후 보유하던 주식을 매도한 것은 당초 37% 정도의 주식만을 매집한 후 <<은행으로부터 10% 정도의 주식을 추가매집할 의사였는데, <<은행이 20%의 주식을 매수할 것을 요구하여 부득이 20%의 주식을 추가로 매입하였고, 굳이 보유할 필요가 없는 주식은 경영권에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 조금씩 매도하게 된 것이며, 실제로 공소외 6 주식회사의 주식매매로 인하여 전체적으로 손실을 입었을 뿐, 결코 시세차익을 얻을 목적으로 공소외 6 주식회사를 인수한 것이 아니다.

② 가장·통정매매로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 가장·통정매매처럼 보이는 주식거래를 하게 된 것은 공소외 6 주식회사의 인수를 위하여 주식을 매입하는 과정에서 증권거래법상의 대량보유보고의무규정의 저촉을 피하면서 효과적으로 주식을 매집하는 외에 증권회사에 어느 정도 수수료 수입을 안겨주어 주식거래의 편의를 도모하며, 유상증자를 실시한 후 그 유상증자물량을 신속히 소화하기 위한 것이다.

실제 가장·통정매매가 차지하는 비율은 전체 거래기간 중의 총 거래량 1억 7,000만주 중 7.6%인 1,300만주에 불과하다.

제1 원심판결 별지 범죄일람표 (6) 가장·통정매매 내역 기재 6번의 경우 매도호가시각과 매수호가시각이 1시간 이상 차이가 나고, 매도주문과 매수주문이 7만주나 차이가 나며, 거래체결수량이 1,129주에 불과하여 통정거래라 할 수 없다.

같은 범죄일람표 기재 7, 8번은 증권거래법상의 공시규정을 피하기 위하여 주식을 분산하면서 bbkc에서 maf plc 계좌로 13만주를 매도하기로 하였다가 maf plc 계좌에 매수자금이 부족하여 다시 maf-lim 계좌로 옮긴 것에 불과하다.

같은 범죄일람표 기재 9번, 11-13번, 14-22번은 증권거래법상의 공시의무를 감수하고서라도 물량을 확보하기 위하여 주당 4,700원에 maf-lim(bbk) 계좌를 통하여 매수한 후 maf2 ltd 계좌에 있던 41,900주를 maf-lim(bbk) 계좌로 넘기고, maf plc 계좌에 있던 19만주를 3회에 걸쳐 maf-lim(bbk) 계좌로 넘긴 것이다.

그런데 그 무렵 금융감독원에서 투자보고서 변조여부에 관한 내사가 진행되어 maf-lim, bbk 계좌를 알리지 않기로 하고 그 무렵부터는 11-13번과 같이 maf plc에서 maf-lim(bbk) 계좌로 옮겼던 것을 포함하여 대부분의 주식을 옵셔널벤처스인코퍼레이션으로 넘기기 시작한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 23-27번은 증권회사 수수료 수입을 올려주기 위한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 28-31번은 공소외 6 주식회사의 경영권인수 이후 불필요한 주식을 처분하면서 공시의무의 불편함을 피하기 위하여 보유물량이 아직 5%에 미치지 못한 <<<뱅크의 계좌에서 주식을 매도하기로 하고 Next Step Enterprises, Inc(이하 'Next Step'이라 한다), Zoic Financial Services Corporation(이하 'Zoic'이라 한다), bbk(maf-lim), La Raza Investment Company(이하 'La Raza'라 한다)에서 <<<뱅크로 주식을 이전한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 32번 이후의 거래는 유상증자에 참여했던 GE Investment Capital Partner(이하 'GE'라 한다), Rhodes Capital, Inc(이하 'Rhodes'라 한다), Prime Capital, Inc(이하 'Prime'이라 한다), McGraw Investment, Inc(이하 'McGraw'라 한다)가 배정받은 신주를 현금화하기 위하여 매도한 것이다.

③ 고가 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 <<<뱅크의 우회상장을 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 위하여 제1순위 매도가격보다 높은 가격으로 매수주문을 한 것일 뿐, 결코 주가조작을 통한 시세차익을 얻기 위하여 고가에 주식을 매집한 것이 아니다.

제1 원심판결 범죄일람표 (6) 고가매수 주문내역 기재 1번의 경우 매도 1순위 가격은 2,850원이었고, 피고인은 4,400주를 매수하려 하였는데 매도 1순위 물량이 3,002주밖에 없어서 원하는 물량을 매수하려면 매도 1순위 가격보다 높은 2,870원에 매수주문을 넣을 수밖에 없었고, 나머지 고가매수거래 역시 이와 같은 경위로 체결된 것이다.

④ 허수 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 변동성이 큰 공소외 6 주식회사의 주식에 대하여 단타거래를 통하여 높은 수익을 올릴 의도로 거래를 하게 되었는데, 워낙 주가의 변동폭이 커서 하한가에 거래가 체결되는 예가 적지 않았기 때문에 일부 거래의 경우 동시호가시간대에 하한가에 근접한 가격으로 매수주문을 내기도 하였고, 이후 상황을 보아 매수주문을 취소하거나 매수가격을 정정하면서 거래를 한 것이지, 매수의사 없이 매매를 유인하기 위한 것이 아니었다.

⑤ 허수 매도주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 공소외 6 주식회사를 인수할 계획 하에 주식시장에서 피고인이 용이하게 공소외 6 주식회사의 주식을 매집할 수 있을 것인가를 시험해 볼 생각으로 2000. 12. 6.과 같은 달 7일, 8일 및 11일 허수 매도주문을 한 것에 불과하다.

⑥ 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 공시한 각 회사에 대하여 신주가 배정된 것은 사실이므로, 이 점에 있어서 공시내용이 허위라고 할 수 없고, 제1 원심판결 별지 범죄일람표 (7) 기재 4번의 회사들은 실제로 적법·유효하게 존재하는 회사들로서 그 회사들이 유상증자에 참여한 이상 이 부분이 허위의 사실을 공시한 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 피고인은 같은 범죄일람표 (7) 기재 1번 2번 3번 회사들의 법인설립인가서가 위조된 사실을 알지 못하였으므로 허위사실을 유포한다는 고의가 있었다고 할 수 없다.

더구나 자금사용의 목적에 대한 공시내용 역시 유상증자 당시의 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 할 것이지, 이후 위 목적에 실제로 자금을 사용하였는지의 여부에 의하여 공시내용의 허위성이 좌우되어서는 안 되는데, 피고인은 유상증자 후 ▽▽은행에 대한 채무변제, 운영비, 공소외 8 주식회사사건, MAF 투자금반환요구 등의 급한 용도에 사용함에 따라 유상증자자금을 공시된 사용목적에 사용하지 못한 것이지 처음부터 공시된 내용대로 투자할 의사없이 허위로 공시한 것이 아니다.

(라) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 고의가 없다.

또한, 제1 원심판결은 피고인에 대한 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 신빙성이 없는 공소외 2의 진술과 공소외 4의 진술을 믿고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(마) 미결제구금일수 미산입의 점

원심은 피고인이 미국에서 구금되어 있던 일수를 미결제구금일수 산입에서 제외하는 잘못을 저질렀다.

(2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

제1 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인에 대하여 제1 원심은 서울중앙지방법원 2007고합1408호로, 제2 원심은 같은 법원 2008고합606호로 각각 따로 심리를 마친 후 판결을 선고하였고, 피고인은 위 각 판결에 대하여, 검사는 제1 원심판결 유죄 부분에 대하여 각 항소를 제기하였으며, 이 법원은 피고인에 대한 각 항소사건을 병합(다만, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄는 분리)하여 심리하기로 결정하였는바, 피고인에 대한 제1 원심판결이 유죄로 인정한 각 죄와 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기의 범위 내에서 단일한 형으로 처단하여야 하므로, 피고인에 대한 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 이 점에서 파기를 면할 수 없게 되었다.

나. 피고인의 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

피고인이 제1 원심판결에 대하여 항소이유로 내세우는 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여 보기로 한다.

(1) 공소시효의 점에 대하여

형사소송법 제253조 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이 때 범인의 국외체류 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결 등 참조).

제1 원심은 "① 피고인은 2000. 12월경부터 여러 개의 증권계좌를 이용하여 주식회사 공소외 6 주식회사 주식 거래를 해왔는데, 한국증권업협회에서는 이미 2001. 4월경 피고인의 주식거래에서 이상 징후를 발견하고 주가조종 혐의 등에 관한 조사에 착수하였던 점(수사기록 제1권 제166면), ② 한편 피고인은 1999. 4. 27. 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영하였으나, 2001. 4월경 공소외 7 주식회사의 투자자문업 및 투자일임업 등록이 취소되었고, 이에 피고인은 그 무렵부터 공소외 7 주식회사 투자자들로부터 투자금의 반환을 요구받게 되었던 점, ③ 그러던 중 공소외 7 주식회사의 투자자 공소외 8 주식회사가 피고인을 고소함에 따라 2001. 12. 6. 검찰에 긴급체포되기도 하였던 점, ④ 이후 피고인이 공소외 8 주식회사와 합의하여 긴급체포에서 석방되기는 하였으나, 투자금 일부를 반환하지 아니하여 향후 다른 투자자로부터 추가 고소가 제기될 가능성은 여전히 존재하였던 점, ⑤ 이러한 상황에서 피고인은 디스크를 치료한다거나 연말을 보낸다는 명목으로 2001. 12. 20. 처 공소외 5와 함께 미국으로 출국하였고, 이후 한번도 자진 귀국하지 아니하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화하여 회사 업무를 지시하였고, 2002. 1월경에는 누나 공소외 1을 국내로 보내 그 업무를 관리하도록 하였으며, 나아가 위 회사 직원 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인하였을 뿐만 아니라, 공소외 6 주식회사 소액 주주들이 회사에 찾아오자 사무실을 폐쇄하고 그 서류들을 옮기라고 지시하기도 하였던 점, ⑦ 이후 2002. 3월경 공소외 6 주식회사 직원들에 대한 검찰 수사가 진행되었고, 그 수사과정에서 피고인이 상당한 혐의를 받고 있었음에도, 피고인은 스스로 귀국하여 자신의 입장을 밝히는 등 범죄혐의를 벗어나기 위한 노력은 전혀 하지 아니하였던 점 등을 고려하면, 피고인의 출국에는 적어도 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에 대한 공소시효는 2001. 12. 21.경 정지되었다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 대하여

제1 원심은 그 판시와 같이, "① 이 사건 위조된 여권과 법인설립인가서는 공소외 6 주식회사의 '업무'에 관하여 사용된 것인데, 회사 직원에 불과한 공소외 2가 피고인의 지시 없이 임의로 이를 위조.행사한다는 것은 쉽게 납득되지 아니하는 점, ② 피고인은 공소외 2에게 법인설립을 지시하였으면서도, 서비스 컴퍼니를 통한 법인 설립 비용은 이를 지불하지 아니하였고, 이후 법인 설립과정을 확인하지도 아니한 것으로 보이는 점, ③ 한편 공소외 2는 2002. 3.경 이

래 이 법원에 이르기까지 피고인의 지시에 의하여 이 사건 여권과 법인설립인가서를 위조하였다고 일관하여 진술하고 있는바, 공소외 2는 이 부분 범행으로 이미 징역형을 선고받아 그 집행을 마친 자로서 위와 같은 공소외 2의 진술에 허위가 개입하였을 만한 별다른 정황도 엿보이지 아니하는 점, ④ 또한 공소외 2는 공소외 3으로 하여금 이 사건 여권의 위조를 다시 지시하였는데, 공소외 3은 공소외 2의 지시로 이 사건 여권을 위조하고 있을 당시 피고인의 처 공소외 5가 전화하여 '급히 써야 하니 공소외 2가 시킨 일을 빨리 처리해 달라'고 말했다고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인은 미국으로 출국한 이후에도 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화로 업무를 지시해왔고, 2002. 1.경에는 공소외 1을 공소외 6 주식회사 사무실로 보내는 등 회사 업무를 계속 총괄하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 위조문서로 설립된 법인 명의의 계좌로 주식을 거래하거나 자금을 거래해 왔는데, 이후 그로 인한 이익 대부분이 피고인에게 귀속되었던 점 등을 고려하면, 이 사건 여권과 법인설립인가서는 모두 피고인의 지시에 의하여 위조·행사된 것으로 봄이 상당하다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고(공소외 2의 수사기관 및 제1 원심법정에서의 진술은 피고인으로부터 여권을 위조하라는 지시를 받고 포토샵 작업을 할 수 있는 공소외 3에게 다시 지시를 하였고, 법인설립인가서는 자신이 직접 위조하였거나 다른 직원을 시켜 위조를 하였다는 취지로서 그 전체적인 진술에 일관성이 없거나, 모순점이 있다고 할 수 없다), 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(3) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

(가) 가장·통정매매, 고가 매수주문, 허위 매수·매도 주문으로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 "㉠ 피고인은 무려 38개의 증권계좌를 통하여 주식거래를 해왔음에도 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 주식만을 거래하였을 뿐 그 외의 다른 주식은 거의 거래하지 아니하였던 점, ㉡ ∇∇은행은 공소외 6 주식회사의 인수가격을 주당 4,500원 내지 4,600원으로 예상하고 있었고, 캐피탈㉢에서는 2000. 12.경 실제 그 정도 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하려 하였으므로, 피고인으로서 2000. 12.경 위와 같은 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수할 수 있었음에도 불구하고, 2000. 12. 6.경부터 비정상적인 거래를 함으로써 2000. 12. 초경 2,300원이던 주가를 2001. 1. 말경 7,000원 상당으로 상승시켰고, 그 후에야 비로소 ∇∇은행측에 공소외 6 주식회사의 인수 제의를 하였는데, 그 무렵 피고인은 약 140만 6,476주(총 발행주식 384만 주의 약 37.1%)의 주식을 보유하고 있어 ∇∇은행보다 많은 주식을 보유하고 있었던 점, ㉣ 피고인은, 주식 매집 과정에서 주가가 상승한 것일 뿐 주가 조종행위는 하지 아니하였고, 경영권 인수를 위해 주식을 매집하고 있던 피고인이 인위적으로 주가를 부양한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 주장하나, 피고인은 2001. 1. 11.경 공소외 6 주식회사의 주식 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 이미 확보하고 있었던 반면, 2001. 2. 26. ∇∇은행으로부터 취득한 주식은 76만 주(총 발행주식의 약 20%)에 불과하였으므로, 피고인으로서 주가 상승으로 인한 인수가격 부담보다는 이미 확보한 지분에 대한 가격 상승이 더 큰 이익으로 작용하였을 것으로 보이고, 실제 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 30.경부터 지속적으로 주식을 매각하였으며, 이후 5차례에 걸친 유상증자로 취득한 주식도 계속하여 순차 매각하였던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 피고인은 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위하여 주식을 대량 매입하였고, 경영권 인수 이후에는 총 5회에 걸쳐 유상증자를 실시하였던바,

피고인으로서 경영권 인수를 위한 주식의 매집 단계에서는 저가에 주식을 매집하기 위하여 주가를 하락시킬 필요성이 있었던 반면, 유상증자 단계에서는 그로 인한 이익을 유지하기 위하여 주가를 하락시키지 않아야 할 필요성이 있었던 점, ㉠ 이 사건 <허수매도 주문내역>상의 주문은 피고인이 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하는 기간(2000. 12. 6. ~ 2000. 12. 11.)에 이루어졌는데, 주식을 매집하고 있던 피고인이 위 주식에 대한 매도주문을 낸다는 것을 쉽게 납득되지 아니할 뿐 아니라, 2000. 12. 8. 08:56:58경부터 09:44:46경까지 사이에 매도1호가 대비 310원에서 160원 높은 2,940원에 11회에 걸쳐 36,000주를 매도주문 하였으나, 주가가 2,900원까지 상승하자 위 매도주문을 모두 취소하여 한 주도 계약 체결되지 아니하도록 하였던 것에 비추어 볼 때, 위와 같은 매도 주문은 주식 매집과정에 있던 피고인이 인위적으로 주가를 하락시키기 위한 것으로 보이는 점, ㉡ 한편 이 사건 시세조종행위 당시는 소위 'IMF 외환위기' 직후로서 국내 일반투자자들이 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으므로, 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었음에도, 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 17.경 외국계 회사인 MAF Limited와 Optional Ventures, Inc가 경영참가를 목적으로 공소외 6 주식회사의 주식을 인수하였다고 공시함으로써 주가 상승요인을 스스로 제공하기도 하였던바, 위와 같은 공시는 이미 확보한 주식의 가격을 인위적으로 부양하기 위한 것으로 보일 뿐 아니라, 실제 위 공시 이후 주가가 급등하기도 하였던 점(수사기록 제1권 제181, 182면, 수사기록 제11권 제5780면), ㉢ 피고인은 2001. 1. 17. 증가결정을 위한 동시호가 시간대인 14:52:04경 직전가 대비 1,040원 높은 가격인 6,040원에 3,000주를 고가 매수하는 등 2000. 12. 12.경부터 2001. 4. 27.경까지 총 31회에 걸쳐 <고가매수 주문내역>과 같은 매수주문을 하였는데, ▽▽은행으로부터 공소외 6 주식회사의 주식 76만 주를 인수하여 경영권을 취득한 이후에도 계속하여 고가매수 주문을 하였던 점, ㉣ 이 사건 <허수매수 주문내역>과 같은 주문은 2001. 2. 13.경부터 2001. 11. 30.경까지 이루어졌는데, 피고인은 2001. 7. 4. 08:56:33경 전일종가 및 직전가대비 400원 내지 440원 낮은 3,230원에 12만 주의 매수주문을 내었다가 같은 날 다른 계좌를 이용하여 직전가대비 110원 낮은 3,490원에 20만 주를 매수주문하여 매수 잔량을 쌓은 후, 11:32:04 내지 11:32:16경 위 12만 주의 주문을 취소하고, 14:25:29경 주가가 3,600원에서 3,580원으로 하락하여 체결가능성이 높아지자 위 주문을 3,450원으로 낮게 매수가격을 정정하였고, 위와 같은 매수 주문의 취소 및 정정행위를 반복하였던 점, ㉤ 이 사건 <가장·통정매매 주문내역>과 같은 주문은 시가조종기간 전반에 걸쳐 이루어졌고, 특히 시가 또는 증가결정을 위한 시간대에 집중적으로 이루어졌던 점, ㉥ 피고인은 2000. 12. 5.경부터 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 시작하여 2001. 1. 11.경에는 이미 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 보유하고 있었고, 2. 26.경 ▽▽은행으로부터 76만 주(총 발행주식의 약 20%)를 추가로 매입하였으며, 2001. 10. 5.에는 10,721,743주(당시 총 발행주식 1,654만 주의 약 64.8%)를 보유하기도 하는 등 공소외 6 주식회사 주식에 대한 상당한 영향력을 가지고 있었던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉦ 공소외 6 주식회사의 총 발행주식수는 시세조정기간 동안 384만주에서 1,654만주로 증가하였는데, 피고인은 위 기간 중 총 63,579,315주에 대한 매수 또는 매도 주문을 하여, 16,068,217주를 매수하고 21,321,529주를 매도하였던 점, ㉧ 피고인의 공소외 6 주식회사 주식에 대한 시세조종기간 평균 시세관여율은 16.6%에 달하였고, 2001. 7. 6.에는 52.92%의 시세관여율을 보이기도 하였던 점(수사기록 제1권 제126면), ㉨ 위와 같은 피고인의 주식거래로 인하여 2000. 12. 5.에 2,350원이던 공소외 6 주식회사의 주가는 2001. 2. 1. 8,130원으로 상승하여 245.9% 상승하였고, 이후 대규모 유상증자에 따른 등락을 반복하다가 시세조정행위가 끝날 무렵인 2001. 11. 30.경에는 2,720원 정도에 머물렀던 점, ㉩ 피고인은 시세조종기간 동안 자사주인 공소외 6 주식회사의 주식매매 업무만을 수행하였을 뿐, 본래의 업무인 창업투자지원업

무는 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고인에게는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'과 '매매거래를 유인할 목적'이 있었다고 봄이 상당하다.

가사 피고인에게 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위한 목적이 있었다라든가 이와 함께 공소외 6 주식회사의 주가를 인위적으로 부양하려는 목적 또한 있었다는 것으로 인정되는 이상 피고인의 행위가 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 위반행위에 해당함에는 아무런 영향이 없다.

"고 판단하였다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살피건대, 원심이 열거한 위의 여러 점에다가, 가장·통정매매에 의한 시세조종행위에서 같은 가격과 시기를 요구하는 것은 매매의 성립을 위한 것이므로 매매가 성립되는 한 구체적인 주문의 시기와 가격에 다소 차이가 있더라도 시세조종행위가 성립하는 점, 공소외 6 주식회사의 주식 13만주가 bbkc 계좌에서 maf plc 계좌를 거쳐 maf-lim 계좌로 이전한다고 하면서도 매매가격을 지속적으로 상승시키고 있는 점, maf plc 계좌나 maf2 ltd 계좌에는 잔고가 얼마 없어 증권거래법상의 공시의무대상이라고 보기 어려운 점 (증거기록 9363쪽), bbkc 계좌는 피고인이 이미 2001. 1. 17. MAF Ltd에서 공소외 6 주식회사의 주식을 투자목적으로 인수했다고 공시를 하였기 때문에 2001. 1. 19.경에는 증권거래법상의 공시의무의 부담을 염려할 이유가 없는 점, 금융감독원에서 피고인에 대한 투자보고서 변조여부에 대한 조사를 시작하게 된 때는 2001. 2월경부터이므로 같은 범죄일람표 11-13번 거래 당시에 피고인이 주식을 옮길 이유가 없는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인은 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 가장·통정매매를 한 사실이 인정되므로, 제1 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 당심의 LG 투자증권, 우리투자증권에 대한 사실조회결과와는 위 인정에 방해되지 아니하며, 달리 제1 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법은 없다.

또, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 밝힌 여러 사정에다가, 매도 1순위 가격으로 원하는 매수수량의 일부라도 우선 매수하고 더 높은 가격의 매도 2순위 가격으로 나머지 주식을 매수하는 방법을 쓰지 않고 처음부터 높은 가격으로 주식을 매수한다는 것은 일반의 경험칙상 비합리적인 점, 더구나 피고인이 굳이 높은 가격에 주식을 매수한 것은 원하는 물량을 빨리 매수하는데 목적이 있던 것으로 보이는데, 그렇게라도 매수한 이후 특별한 사용목적이 있던 것으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 거래가 성황을 이루고 있는 것처럼 보이게 하거나 매매거래를 유인할 목적으로 고가의 매수주문을 하고 허수 매수·매도주문을 한 사실이 인정된다.

(나) 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 그 판시와 같은 법리를 전제로 한 후 "① 외국법인이 유상증자에 참여한다는 공시부분에 관하여 살피건대, ② 공소외 6 주식회사가 유상증자를 실시한 2001.경은 국내 기업들이 소위 'IMF 외환위기'의 타개책으로 외국인의 투자를 적극 유치하여야 하는 상황에 있었고, 국내 일반투자자들은 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으며, 이에 따라 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었던 점, ④ 그런데 공소외 6 주식회사의 유상증자에 참여할 외국 법인들 중 일부는 피고인이 법인설립인가서를 위조하여 외국인 투자 등록증을 발급받은 법인들이었고(제1 원심판결 26쪽 <표 2>의 순번 1 내지 8 부분), 나머지 일부

는 피고인이 임의로 설립한 법인들로서 별다른 사업실적이 존재하지 아니하였던 점(위 <표 2>의 순번 9, 10, 11 부분), ㉔ 위 법인들이 납입할 주금 역시 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 다시 국내로 반입한 것일 뿐 위 법인들이 실제로 주금을 납입하지는 아니하였던 점, ㉕ 이에 따라 유상증자로 발행될 신주 역시 피고인에게 실질적 그 처분권한이 부여되어 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성은 인정된다.

- ② 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자한다는 공시 부분에 관하여 살피건대, ㉖ 이 부분 공시는 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자하겠다는 계획을 구체적으로 밝힌 것으로서, 공시 당시 위와 같은 자금 사용계획이 존재하지 않았다면 그 공시는 허위의 공시라고 해야 할 것인데, 피고인은 유상증자로 조달한 자금으로 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 반환하거나 또는 차명 계좌에 입금하여 공소외 6 주식회사의 주식거래 대금으로 유용하였을 뿐, 공시 내용과 같은 정보통신분야, 생명공학분야, 인터넷(콘텐츠) 등의 사업에는 전혀 투자하지 아니하였던 점, ㉗ 달리 피고인이 유상증자로 조달한 자금을 위 사업 분야에 투자하려 하였다는 정황도 전혀 발견되지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성 역시 인정된다.

"고 판단하여 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

- (4) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지 아니한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결).

제1 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심이 공소외 2, 공소외 4의 진술을 믿어 사실을 인정한 후 위 각 증권거래법위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 범죄의 고의에 관한 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

- (5) 미결구금일수 미산입의 점에 대하여

미결구금은 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 피고인 또는 피의자를 구금하는 강제처분이어서 형의 집행은 아니지만, 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있는데, 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, 피고인이 범행 후 미국으로 도주하였다가 대한민국정부와 미합중국정부 간의 범죄인 인도조약에 따라 체포되어 인도절차를 밟기 위한 절차에 해당하는 기간에 불과하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도6378 판결, 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

다.

피고인의 제2 원심판결 공직선거법위반죄에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 제17대 대통령선거에서 ○○○ 후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표한 것으로서 그 죄질과 범정이 좋지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합·검토하여 보면, 비록 피고인이 한국에서 태어난 후 5세 이후 미국에서 자랐기 때문에 한국의 선거 문화에 대한 이해가 부족하였던 점, 피고인이 코넬대학, 시카고대학 등의 우수 대학을 졸업한 후 GE 캐피탈그룹, 모건스탠리 등에서 근무하던 중 한국의 경제에 이바지하고자 하는 마음으로 한국에 들어와 활동하였던 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 감안하더라도, 제2 원심이 판시 공직선거법위반죄에 대하여 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무겁다고 인정되지는 않는다.

3. 결론

따라서, 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있으므로, 이 부분에 대한 피고인과 검사(검사는 제1 원심판결에 대하여만 양형부당 항소를 하였다)의 각 양형부당 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해(항소이유를 보충하는 범위내에서 변호인이 제출한 변론요지서를 참고한다)

(가) 공소시효의 점

피고인은 2001. 12. 20. 미국으로 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 경영에 전혀 관여하지 않은 점, 공소외 1이 공소외 6 주식회사의 업무를 관리하지 않은 점, 피고인이 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인한 적은 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 형사처분을 면할 목적으로 도주하였다고 볼 수 없다.

(나) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점

제1 원심판결은 공소외 2의 진술을 믿고 피고인에 대한 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 공소외 2의 진술은 공소외 3에게 여권위조를 지시한 경위, 피고인이 공소외 3에게 직접 위조를 지시하였는지, 위조여권 등을 법무사 사무실에 전달한 사람이 누구였는지, 피고인이 여권과 법인설립인가서를 모두 위조하도록 지시하였는지, 여권과 법인설립인가서의 위조수법 등에 관하여 진술을 여러 차례 반복하는 점 등에 비추어 볼 때 믿을 수 없고, 피고인에게는 여권과 법인설립인가서를 위조하도록 지시할 동기가 없으며, 이 부분 공소사실에 관하여는 공소외 2의 진술 외에 어떠한 물적 증거도 없다.

또한, 피고인은 2001. 12. 20. 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 업무와 관련하여 국내의 직원들과 특별히 연락을 주고 받은 사실이 없고, 2001. 12. 20. 이후의 위조여권행사의 점에 대하여는 알지도 못한다.

(다) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점

① 주식매매 경위

피고인은 <<<뱅크를 우회상장하기 위하여 공소외 6 주식회사를 인수하기로 하면서, 인수를 위한 시간을 절약하고 인수비용을 줄이기 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 최소한 37% 정도 확보한 다음 <<은행과 협상을 진행하여 공소외 6 주식회사를 인수하고, 만약 <<은행이 협상을 거부하면 적대적 인수를 실행할 계획이었다. 피고인은 이러한 계획하에 공소외 6 주식회사의 주식을 은밀하게 매집한 것이다.

피고인이 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수한 이후 보유하던 주식을 매도한 것은 당초 37% 정도의 주식만을 매집한 후 <<은행으로부터 10% 정도의 주식을 추가매집할 의사였는데, <<은행이 20%의 주식을 매수할 것을 요구하여 부득이 20%의 주식을 추가로 매입하였고, 굳이 보유할 필요가 없는 주식은 경영권에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 조금씩 매도하게 된 것이며, 실제로 공소외 6 주식회사의 주식매매로 인하여 전체적으로 손실을 입었을 뿐, 결코 시세차익을 얻을 목적으로 공소외 6 주식회사를 인수한 것이 아니다.

② 가장·통정매매로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 가장·통정매매처럼 보이는 주식거래를 하게 된 것은 공소외 6 주식회사의 인수를 위하여 주식을 매입하는 과정에서 증권거래법상의 대량보유보고의무규정의 저축을 피하면서 효과적으로 주식을 매집하는 외에 증권회사에 어느 정도 수수료 수입을 안겨주어 주식거래의 편의를 도모하며, 유상증자를 실시한 후 그 유상증자물량을 신속히 소화하기 위한 것이다.

실제 가장·통정매매가 차지하는 비율은 전체 거래기간 중의 총 거래량 1억 7,000만주 중 7.6%인 1,300만주에 불과하다.

제1 원심판결 별지 범죄일람표 (6) 가장·통정매매 내역 기재 6번의 경우 매도호가시각과 매수호가시각이 1시간 이상 차이가 나고, 매도주문과 매수주문이 7만주나 차이가 나며, 거래체결수량이 1,129주에 불과하여 통정거래라 할 수 없다.

같은 범죄일람표 기재 7, 8번은 증권거래법상의 공시규정을 피하기 위하여 주식을 분산하면서 bbkc에서 maf plc 계좌로 13만주를 매도하기로 하였다가 maf plc 계좌에 매수자금이 부족하여 다시 maf-lim 계좌로 옮긴 것에 불과하다. 같은 범죄일람표 기재 9번, 11-13번, 14-22번은 증권거래법상의 공시의무를 감수하고서라도 물량을 확보하기 위하여 주당 4,700원에 maf-lim(bbkc) 계좌를 통하여 매수한 후 maf2 ltd 계좌에 있던 41,900주를 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘기고, maf plc 계좌에 있던 19만주를 3회에 걸쳐 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘긴 것이다.

그런데 그 무렵 금융감독원에서 투자보고서 변조여부에 관한 내사가 진행되어 maf-lim, bbkc 계좌를 알리지 않기로 하고 그 무렵부터는 11-13번과 같이 maf plc에서 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮겼던 것을 포함하여 대부분의 주식을 옵셔널벤처스인코퍼레이션으로 넘기기 시작한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 23-27번은 증권회사 수수료 수입을 올려주기 위한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 28-31번은 공소외 6 주식회사의 경영권인수 이후 불필요한 주식을 처분하면서 공시의무의 불편함을 피하기 위하여 보유물량이 아직 5%에 미치지 못한 <<<뱅크의 계좌에서 주식을 매도하기로 하고 Next Step Enterprises, Inc(이하 'Next Step'이라 한다), Zoic Financial Services Corporation(이하 'Zoic'이라 한다), bbkc(maf-lim), La Raza Investment Company(이하 'La Raza'라 한다)에서 <<<뱅크로 주식을 이전한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 32번 이후의 거래는 유상증자에 참여했던 GE Investment Capital Partner(이하 'GE'라 한다), Rhodes Capital, Inc(이하 'Rhodes'라 한다), Prime Capital, Inc(이하 'Prime'이라 한다), McGraw Investment, Inc(이하 'McGraw'라 한다)가 배정받은 신주를 현금화하기 위하여 매도한 것이다.

③ 고가 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 <<<뱅크의 우회상장을 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 위하여 제1순위 매도가격보다 높은 가격으로 매수주문을 한 것일 뿐, 결코 주가조작을 통한 시세차익을 얻기 위하여 고가에 주식을 매집한 것이 아니다.

제1 원심판결 범죄일람표 (6) 고가매수 주문내역 기재 1번의 경우 매도 1순위 가격은 2,850원이었고, 피고인은 4,400주를 매수하려 하였는데 매도 1순위 물량이 3,002주밖에 없어서 원하는 물량을 매수하려면 매도 1순위 가격보다 높은 2,870원에 매수주문을 넣을 수밖에 없었고, 나머지 고가매수거래 역시 이와 같은 경위로 체결된 것이다.

④ 허수 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 변동성이 큰 공소외 6 주식회사의 주식에 대하여 단타거래를 통하여 높은 수익을 올릴 의도로 거래를 하게 되었는데, 워낙 주가의 변동폭이 커서 하한가에 거래가 체결되는 예가 적지 않았기 때문에 일부 거래의 경우 동시호가시간대에 하한가에 근접한 가격으로 매수주문을 내기도 하였고, 이후 상황을 보아 매수주문을 취소하거나 매수가격을 정정하면서 거래를 한 것이지, 매수의사 없이 매매를 유인하기 위한 것이 아니었다.

⑤ 허수 매도주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 공소외 6 주식회사를 인수할 계획 하에 주식시장에서 피고인이 용이하게 공소외 6 주식회사의 주식을 매집할 수 있을 것인가를 시험해 볼 생각으로 2000. 12. 6.과 같은 달 7일, 8일 및 11일 허수 매도주문을 한 것에 불과하다.

⑥ 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 공시한 각 회사에 대하여 신주가 배정된 것은 사실이므로, 이 점에 있어서 공시내용이 허위라고 할 수 없고, 제1 원심판결 별지 범죄일람표 (7) 기재 4번의 회사들은 실제로 적법·유효하게 존재하는 회사들로서 그 회사들이 유상증자에 참여한 이상 이 부분이 허위의 사실을 공시한 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 피고인은 같은 범죄일람표 (7) 기재 1번 2번 3번 회사들의 법인설립인가서가 위조된 사실을 알지 못하였으므로 허위사실을 유포한다는 고의가 있었다고 할 수 없다.

더구나 자금사용의 목적에 대한 공시내용 역시 유상증자 당시의 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 할 것이지, 이후 위 목적에 실제로 자금을 사용하였는지의 여부에 의하여 공시내용의 허위성이 좌우되어서는 안 되는데, 피고인은

유상증자 후 ▽▽은행에 대한 채무변제, 운영비, 공소외 8 주식회사사건, MAF 투자금반환요구 등의 급한 용도에 사용함에 따라 유상증자자금을 공시된 사용목적에 사용하지 못한 것이지 처음부터 공시된 내용대로 투자할 의사없이 허위로 공시한 것이 아니다.

(라) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 고의가 없다.

또한, 제1 원심판결은 피고인에 대한 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 신빙성이 없는 공소외 2의 진술과 공소외 4의 진술을 믿고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(마) 미결구금일수 미산입의 점

원심은 피고인이 미국에서 구금되어 있던 일수를 미결구금일수 산입에서 제외하는 잘못을 저질렀다.

(2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

제1 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인에 대하여 제1 원심은 서울중앙지방법원 2007고합1408호로, 제2 원심은 같은 법원 2008고합606호로 각각 따로 심리를 마친 후 판결을 선고하였고, 피고인은 위 각 판결에 대하여, 검사는 제1 원심판결 유죄 부분에 대하여 각 항소를 제기하였으며, 이 법원은 피고인에 대한 각 항소사건을 병합(다만, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄는 분리)하여 심리하기로 결정하였는바, 피고인에 대한 제1 원심판결이 유죄로 인정한 각 죄와 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기의 범위 내에서 단일한 형으로 처단하여야 하므로, 피고인에 대한 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 이 점에서 파기를 면할 수 없게 되었다.

나. 피고인의 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

피고인이 제1 원심판결에 대하여 항소이유로 내세우는 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여 보기로 한다.

(1) 공소시효의 점에 대하여

형사소송법 제253조 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이 때 범인의 국외체류 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는

것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결 등 참조).

제1 원심은 "① 피고인은 2000. 12월경부터 여러 개의 증권계좌를 이용하여 주식회사 공소외 6 주식회사 주식 거래를 해왔는데, 한국증권업협회에서는 이미 2001. 4월경 피고인의 주식거래에서 이상 징후를 발견하고 주가조종 혐의 등에 관한 조사에 착수하였던 점(수사기록 제1권 제166면), ② 한편 피고인은 1999. 4. 27. 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영하였으나, 2001. 4월경 공소외 7 주식회사의 투자자문업 및 투자일임업 등록이 취소되었고, 이에 피고인은 그 무렵부터 공소외 7 주식회사 투자자들로부터 투자금의 반환을 요구받게 되었던 점, ③ 그러던 중 공소외 7 주식회사의 투자자 공소외 8 주식회사가 피고인을 고소함에 따라 2001. 12. 6. 검찰에 긴급체포되기도 하였던 점, ④ 이후 피고인이 공소외 8 주식회사와 합의하여 긴급체포에서 석방되기는 하였으나, 투자금 일부를 반환하지 아니하여 향후 다른 투자자로부터 추가 고소가 제기될 가능성은 여전히 존재하였던 점, ⑤ 이러한 상황에서 피고인은 디스크를 치료한다거나 연말을 보낸다는 명목으로 2001. 12. 20. 처 공소외 5와 함께 미국으로 출국하였고, 이후 한번도 자진 귀국하지 아니하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화하여 회사 업무를 지시하였고, 2002. 1월경에는 누나 공소외 1을 국내로 보내 그 업무를 관리하도록 하였으며, 나아가 위 회사 직원 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인하였을 뿐만 아니라, 공소외 6 주식회사 소액 주주들이 회사에 찾아오자 사무실을 폐쇄하고 그 서류들을 옮기라고 지시하기도 하였던 점, ⑦ 이후 2002. 3월경 공소외 6 주식회사 직원들에 대한 검찰 수사가 진행되었고, 그 수사과정에서 피고인이 상당한 혐의를 받고 있었음에도, 피고인은 스스로 귀국하여 자신의 입장을 밝히는 등 범죄혐의를 벗어나기 위한 노력은 전혀 하지 아니하였던 점 등을 고려하면, 피고인의 출국에는 적어도 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에 대한 공소시효는 2001. 12. 21.경 정지되었다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 대하여

제1 원심은 그 판시와 같이, "① 이 사건 위조된 여권과 법인설립인가서는 공소외 6 주식회사의 '업무'에 관하여 사용된 것인데, 회사 직원에 불과한 공소외 2가 피고인의 지시 없이 임의로 이를 위조·행사한다는 것은 쉽게 납득되지 아니하는 점, ② 피고인은 공소외 2에게 법인설립을 지시하였으면서도, 서비스 컴퍼니를 통한 법인 설립 비용은 이를 지불하지 아니하였고, 이후 법인 설립과정을 확인하지도 아니한 것으로 보이는 점, ③ 한편 공소외 2는 2002. 3.경 이래 이 법원에 이르기까지 피고인의 지시에 의하여 이 사건 여권과 법인설립인가서를 위조하였다고 일관하여 진술하고 있는바, 공소외 2는 이 부분 범행으로 이미 징역형을 선고받아 그 집행을 마친 자로서 위와 같은 공소외 2의 진술에 허위가 개입하였을 만한 별다른 정황도 엿보이지 아니하는 점, ④ 또한 공소외 2는 공소외 3으로 하여금 이 사건 여권의 위조를 다시 지시하였는데, 공소외 3은 공소외 2의 지시로 이 사건 여권을 위조하고 있을 당시 피고인의 처 공소외 5가 전화하여 '급히 써야 하니 공소외 2가 시킨 일을 빨리 처리해 달라'고 말했다고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인은 미국으로 출국한 이후에도 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화로 업무를 지시해왔고, 2002. 1.경에는 공소외 1을 공소외 6 주식회사 사무실로 보내는 등 회사 업무를 계속 총괄하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 위조문서

로 설립된 법인 명의의 계좌로 주식을 거래하거나 자금을 거래해 왔는데, 이후 그로 인한 이익 대부분이 피고인에게 귀속되었던 점 등을 고려하면, 이 사건 여권과 법인설립인가서는 모두 피고인의 지시에 의하여 위조·행사된 것으로 봄이 상당하다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고(공소외 2의 수사기관 및 제1 원심법정에서의 진술은 피고인으로부터 여권을 위조하라는 지시를 받고 포토샵 작업을 할 수 있는 공소외 3에게 다시 지시를 하였고, 법인설립인가서는 자신이 직접 위조하였거나 다른 직원을 시켜 위조를 하였다는 취지로서 그 전체적인 진술에 일관성이 없거나, 모순점이 있다고 할 수 없다), 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(3) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

(가) 가장·통정매매, 고가 매수주문, 허위 매수·매도 주문으로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 "㉠ 피고인은 무려 38개의 증권계좌를 통하여 주식거래를 해왔음에도 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 주식만을 거래하였을 뿐 그 외의 다른 주식은 거의 거래하지 아니하였던 점, ㉡ ∇∇은행은 공소외 6 주식회사의 인수가격을 주당 4,500원 내지 4,600원으로 예상하고 있었고, 캐피탈㉢에서는 2000. 12.경 실제 그 정도 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하려 하였으므로, 피고인으로서는 2000. 12.경 위와 같은 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수할 수 있었음에도 불구하고, 2000. 12. 6.경부터 비정상적인 거래를 함으로써 2000. 12. 초경 2,300원이던 주가를 2001. 1. 말경 7,000원 상당으로 상승시켰고, 그 후에야 비로소 ∇∇은행측에 공소외 6 주식회사의 인수 제의를 하였는데, 그 무렵 피고인은 약 140만 6,476주(총 발행주식 384만 주의 약 37.1%)의 주식을 보유하고 있어 ∇∇은행보다 많은 주식을 보유하고 있었던 점, ㉣ 피고인은, 주식 매집 과정에서 주가가 상승한 것일 뿐 주가 조종행위는 하지 아니하였고, 경영권 인수를 위해 주식을 매집하고 있던 피고인이 인위적으로 주가를 부양한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 주장하나, 피고인은 2001. 1. 11.경 공소외 6 주식회사의 주식 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 이미 확보하고 있었던 반면, 2001. 2. 26. ∇∇은행으로부터 취득한 주식은 76만 주(총 발행주식의 약 20%)에 불과하였으므로, 피고인으로서의 주가 상승으로 인한 인수가격 부담보다는 이미 확보한 지분에 대한 가격 상승이 더 큰 이익으로 작용하였을 것으로 보이고, 실제 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 30.경부터 지속적으로 주식을 매각하였으며, 이후 5차례에 걸친 유상증자로 취득한 주식도 계속하여 순차 매각하였던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 피고인은 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위하여 주식을 대량 매입하였고, 경영권 인수 이후에는 총 5회에 걸쳐 유상증자를 실시하였던바, 피고인으로서의 경영권 인수를 위한 주식의 매집 단계에서는 저가에 주식을 매집하기 위하여 주가를 하락시킬 필요성이 있었던 반면, 유상증자 단계에서는 그로 인한 이익을 유지하기 위하여 주가를 하락시키지 않아야 할 필요성이 있었던 점, ㉥ 이 사건 <허수매도 주문내역>상의 주문은 피고인이 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하는 기간(2000. 12. 6. ~ 2000. 12. 11.)에 이루어졌는데, 주식을 매집하고 있던 피고인이 위 주식에 대한 매도주문을 낸다는 것을 쉽게 납득되지 아니할 뿐 아니라, 2000. 12. 8. 08:56:58경부터 09:44:46경까지 사이에 매도1호가 대비 310원에서 160원 높은 2,940원에 11회에 걸쳐 36,000주를 매도주문 하였으나, 주가가 2,900원까지 상승하자 위 매도주문을 모두 취소하여 한 주도 계약 체결되지 아니하도록 하였던 것에 비추어 볼 때, 위와 같은 매도 주문은 주식 매집과정

에 있던 피고인이 인위적으로 주가를 하락시키기 위한 것으로 보이는 점, ㉠ 한편 이 사건 시세조종행위 당시는 소위 'IMF 외환위기' 직후로서 국내 일반투자자들이 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으므로, 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었음에도, 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 17.경 외국계 회사인 MAF Limited와 Optional Ventures, Inc가 경영참가를 목적으로 공소외 6 주식회사의 주식을 인수하였다고 공시함으로써 주가 상승요인을 스스로 제공하기도 하였던바, 위와 같은 공시는 이미 확보한 주식의 가격을 인위적으로 부양하기 위한 것으로 보일 뿐 아니라, 실제 위 공시 이후 주가가 급등하기도 하였던 점(수사기록 제1권 제181, 182면, 수사기록 제11권 제5780면), ㉡ 피고인은 2001. 1. 17. 종가결정을 위한 동시호가 시간대인 14:52:04경 직전가 대비 1,040원 높은 가격인 6,040원에 3,000주를 고가 매수하는 등 2000. 12. 12.경부터 2001. 4. 27.경까지 총 31회에 걸쳐 <고가매수 주문내역>과 같은 매수주문을 하였는데, ▽▽은행으로부터 공소외 6 주식회사의 주식 76만 주를 인수하여 경영권을 취득한 이후에도 계속하여 고가매수 주문을 하였던 점, ㉢ 이 사건 <허수매수 주문내역>과 같은 주문은 2001. 2. 13.경부터 2001. 11. 30.경까지 이루어졌는데, 피고인은 2001. 7. 4. 08:56:33경 전일종가 및 직전가대비 400원 내지 440원 낮은 3,230원에 12만 주의 매수주문을 내었다가 같은 날 다른 계좌를 이용하여 직전가대비 110원 낮은 3,490원에 20만 주를 매수주문하여 매수 잔량을 쌓은 후, 11:32:04 내지 11:32:16경 위 12만 주의 주문을 취소하고, 14:25:29경 주가가 3,600원에서 3,580원으로 하락하여 체결가능성이 높아지자 위 주문을 3,450원으로 낮게 매수가격을 정정하였고, 위와 같은 매수 주문의 취소 및 정정행위를 반복하였던 점, ㉣ 이 사건 <가장·통정매매 주문내역>과 같은 주문은 시가조종기간 전반에 걸쳐 이루어졌고, 특히 시가 또는 종가결정을 위한 시간대에 집중적으로 이루어졌던 점, ㉤ 피고인은 2000. 12. 5.경부터 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 시작하여 2001. 1. 11.경에는 이미 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 보유하고 있었고, 2. 26.경 ▽▽은행으로부터 76만 주(총 발행주식의 약 20%)를 추가로 매입하였으며, 2001. 10. 5.에는 10,721,743주(당시 총 발행주식 1,654만 주의 약 64.8%)를 보유하기도 하는 등 공소외 6 주식회사 주식에 대한 상당한 영향력을 가지고 있었던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉥ 공소외 6 주식회사의 총 발행주식수는 시세조정기간 동안 384만주에서 1,654만주로 증가하였는데, 피고인은 위 기간 중 총 63,579,315주에 대한 매수 또는 매도 주문을 하여, 16,068,217주를 매수하고 21,321,529주를 매도하였던 점, ㉦ 피고인의 공소외 6 주식회사 주식에 대한 시세조종기간 평균 시세관여율은 16.6%에 달하였고, 2001. 7. 6.에는 52.92%의 시세관여율을 보이기도 하였던 점(수사기록 제1권 제126면), ㉧ 위와 같은 피고인의 주식거래로 인하여 2000. 12. 5.에 2,350원이던 공소외 6 주식회사의 주가는 2001. 2. 1. 8,130원으로 상승하여 245.9% 상승하였고, 이후 대규모 유상증자에 따른 등락을 반복하다가 시세조정행위가 끝날 무렵인 2001. 11. 30.경에는 2,720원 정도에 머물렀던 점, ㉨ 피고인은 시세조종기간 동안 자사주인 공소외 6 주식회사의 주식매매 업무만을 수행하였을 뿐, 본래의 업무인 창업투자지원업무는 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고인에게는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'과 '매매거래를 유인할 목적'이 있었다고 봄이 상당하다.

가사 피고인에게 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위한 목적이 있었다더라도 이와 함께 공소외 6 주식회사의 주가를 인위적으로 부양하려는 목적 또한 있었던 것으로 인정되는 이상 피고인의 행위가 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 위반행위에 해당함에는 아무런 영향이 없다.

"고 판단하였다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살피건대, 원심이 열거한 위의 여러 점에다가, 가장·통정매매에 의한 시세조종행위에서 같은 가격과 시기를 요구하는 것은 매매의 성립을 위한 것이므로 매매가 성립되는 한 구체적인 주문의 시기와 가격에 다소 차이가 있더라도 시세조종행위가 성립하는 점, 공소외 6 주식회사의 주식 13만주가 bbkc 계좌에서 maf plc 계좌를 거쳐 maf-lim 계좌로 이전한다고 하면서도 매매가격을 지속적으로 상승시키고 있는 점, maf plc 계좌나 maf2 ltd 계좌에는 잔고가 얼마 없어 증권거래법상의 공시의무대상이라고 보기 어려운 점(증거기록 9363쪽), bbkc 계좌는 피고인이 이미 2001. 1. 17. MAF Ltd에서 공소외 6 주식회사의 주식을 투자목적으로 인수했다고 공시를 하였기 때문에 2001. 1. 19.경에는 증권거래법상의 공시의무의 부담을 염려할 이유가 없는 점, 금융감독원에서 피고인에 대한 투자보고서 변조여부에 대한 조사를 시작하게 된 때는 2001. 2월경부터이므로 같은 범죄일람표 11-13번 거래 당시에 피고인이 주식을 옮길 이유가 없는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인은 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 가장·통정매매를 한 사실이 인정되므로, 제1 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 당심의 LG 투자증권, 우리투자증권에 대한 사실조회결과와는 위 인정에 방해되지 아니하며, 달리 제1 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법은 없다.

또, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 밝힌 여러 사정에다가, 매도 1순위 가격으로 원하는 매수수량의 일부라도 우선 매수하고 더 높은 가격의 매도 2순위 가격으로 나머지 주식을 매수하는 방법을 쓰지 않고 처음부터 높은 가격으로 주식을 매수한다는 것은 일반의 경험칙상 비합리적인 점, 더구나 피고인이 굳이 높은 가격에 주식을 매수한 것은 원하는 물량을 빨리 매수하는데 목적이 있던 것으로 보이는데, 그렇게라도 매수한 이후 특별한 사용목적이 있던 것으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 거래가 성황을 이루고 있는 것처럼 보이게 하거나 매매거래를 유인할 목적으로 고가의 매수주문을 하고 허수 매수·매도주문을 한 사실이 인정된다.

(나) 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 그 판시와 같은 법리를 전제로 한 후 "① 외국법인이 유상증자에 참여한다는 공시부분에 관하여 살피건대, ㉠ 공소외 6 주식회사가 유상증자를 실시한 2001.경은 국내 기업들이 소위 'IMF 외환위기'의 타개책으로 외국인의 투자를 적극 유치하여야 하는 상황에 있었고, 국내 일반투자자들은 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으며, 이에 따라 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었던 점, ㉡ 그런데 공소외 6 주식회사의 유상증자에 참여할 외국 법인들 중 일부는 피고인이 법인설립인가서를 위조하여 외국인 투자 등록증을 발급받은 법인들이었고(제1 원심판결 26쪽 <표 2>의 순번 1 내지 8 부분), 나머지 일부는 피고인이 임의로 설립한 법인들로서 별다른 사업실적이 존재하지 아니하였던 점(위 <표 2>의 순번 9, 10, 11 부분), ㉢ 위 법인들이 납입할 주금 역시 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 다시 국내로 반입한 것일 뿐 위 법인들이 실제로 주금을 납입하지는 아니하였던 점, ㉣ 이에 따라 유상증자로 발행될 신주 역시 피고인에게 실질적 그 처분권한이 부여되어 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성은 인정된다.

② 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자한다는 공시 부분에 관하여 살피건대, ㉤ 이 부분 공시는 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자하겠다는 계획을 구체적으로 밝힌 것으로서, 공시 당시 위와 같은 자금 사용계획이 존

재하지 않았다면 그 공시는 허위의 공시라고 해야 할 것인데, 피고인은 유상증자로 조달한 자금으로 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 반환하거나 또는 차명 계좌에 입금하여 공소외 6 주식회사의 주식거래 대금으로 유용하였을 뿐, 공시 내용과 같은 정보통신분야, 생명공학분야, 인터넷(콘텐츠) 등의 사업에는 전혀 투자하지 아니하였던 점, ㉔ 달리 피고인이 유상증자로 조달한 자금을 위 사업 분야에 투자하려 하였다는 정황도 전혀 발견되지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성 역시 인정된다.

"고 판단하여 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(4) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지 아니한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결).

제1 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심이 공소외 2, 공소외 4의 진술을 믿어 사실을 인정한 후 위 각 증권거래법위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 범죄의 고의에 관한 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(5) 미결구금일수 미산입의 점에 대하여

미결구금은 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 피고인 또는 피의자를 구금하는 강제처분이어서 형의 집행은 아니지만, 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있는데, 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, 피고인이 범행 후 미국으로 도주하였다가 대한민국정부와 미합중국정부 간의 범죄인 인도조약에 따라 체포되어 인도절차를 밟기 위한 절차에 해당하는 기간에 불과하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도6378 판결, 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

다.

피고인의 제2 원심판결 공직선거법위반죄에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 제17대 대통령선거에서 ○○○ 후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표한 것으로서 그 죄질과 범정이 좋지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합·검토하여 보면, 비록 피고인이 한국에서 태어난 후 5세 이후 미국에서 자랐기 때문에 한국의 선거 문화에 대한 이해가 부족하였던 점, 피고인이 코넬대학, 시카고대학 등의 우수 대학을 졸업한 후 GE 캐피탈그룹, 모건스탠리 등에서 근무

하던 중 한국의 경제에 이바지하고자 하는 마음으로 한국에 들어와 활동하였던 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 감안하더라도, 제2 원심이 판시 공직선거법위반죄에 대하여 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무겁다고 인정되지는 않는다.

3. 결론

따라서, 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있으므로, 이 부분에 대한 피고인과 검사(검사는 제1 원심판결에 대하여만 양형부당 항소를 하였다)의 각 양형부당 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해(항소이유를 보충하는 범위내에서 변호인이 제출한 변론요지서를 참고한다)

(가) 공소시효의 점

피고인은 2001. 12. 20. 미국으로 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 경영에 전혀 관여하지 않은 점, 공소외 1이 공소외 6 주식회사의 업무를 관리하지 않은 점, 피고인이 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인한 적은 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 형사처분을 면할 목적으로 도주하였다고 볼 수 없다.

(나) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점

제1 원심판결은 공소외 2의 진술을 믿고 피고인에 대한 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 공소외 2의 진술은 공소외 3에게 여권위조를 지시한 경위, 피고인이 공소외 3에게 직접 위조를 지시하였는지, 위조여권 등을 법무사 사무실에 전달한 사람이 누구였는지, 피고인이 여권과 법인설립인가서를 모두 위조하도록 지시하였는지, 여권과 법인설립인가서의 위조수법 등에 관하여 진술을 여러 차례 반복하는 점 등에 비추어 볼 때 믿을 수 없고, 피고인에게서는 여권과 법인설립인가서를 위조하도록 지시할 동기가 없으며, 이 부분 공소사실에 관하여는 공소외 2의 진술 외에 어떠한 물적 증거도 없다.

또한, 피고인은 2001. 12. 20. 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 업무와 관련하여 국내의 직원들과 특별히 연락을 주고 받은 사실이 없고, 2001. 12. 20. 이후의 위조여권행사의 점에 대하여는 알지도 못한다.

(다) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점

① 주식매매 경위

피고인은 <<<뱅크를 우회상장하기 위하여 공소외 6 주식회사를 인수하기로 하면서, 인수를 위한 시간을 절약하고 인수비용을 줄이기 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 최소한 37% 정도 확보한 다음 <<은행과 협상을 진행하여 공소외 6 주식회사를 인수하고, 만약 <<은행이 협상을 거부하면 적대적 인수를 실행할 계획이었다.

피고인은 이러한 계획하에 공소외 6 주식회사의 주식을 은밀하게 매집한 것이다.

피고인이 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수한 이후 보유하던 주식을 매도한 것은 당초 37% 정도의 주식만을 매집한 후 <<은행으로부터 10% 정도의 주식을 추가매집할 의사였는데, <<은행이 20%의 주식을 매수할 것을 요구하여 부득이 20%의 주식을 추가로 매입하였고, 굳이 보유할 필요가 없는 주식은 경영권에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 조금씩 매도하게 된 것이며, 실제로 공소외 6 주식회사의 주식매매로 인하여 전체적으로 손실을 입었을 뿐, 결코 시세차익을 얻을 목적으로 공소외 6 주식회사를 인수한 것이 아니다.

② 가장·통정매매로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 가장·통정매매처럼 보이는 주식거래를 하게 된 것은 공소외 6 주식회사의 인수를 위하여 주식을 매입하는 과정에서 증권거래법상의 대량보유보고의무규정의 저촉을 피하면서 효과적으로 주식을 매집하는 외에 증권회사에 어느 정도 수수료 수입을 안겨주어 주식거래의 편의를 도모하며, 유상증자를 실시한 후 그 유상증자물량을 신속히 소화하기 위한 것이다.

실제 가장·통정매매가 차지하는 비율은 전체 거래기간 중의 총 거래량 1억 7,000만주 중 7.6%인 1,300만주에 불과하다.

제1 원심판결 별지 범죄일람표 (6) 가장·통정매매 내역 기재 6번의 경우 매도호가시각과 매수호가시각이 1시간 이상 차이가 나고, 매도주문과 매수주문이 7만주나 차이가 나며, 거래체결수량이 1,129주에 불과하여 통정거래라 할 수 없다.

같은 범죄일람표 기재 7, 8번은 증권거래법상의 공시규정을 피하기 위하여 주식을 분산하면서 bbkc에서 maf plc 계좌로 13만주를 매도하기로 하였다가 maf plc 계좌에 매수자금이 부족하여 다시 maf-lim 계좌로 옮긴 것에 불과하다.

같은 범죄일람표 기재 9번, 11-13번, 14-22번은 증권거래법상의 공시의무를 감수하고서라도 물량을 확보하기 위하여 주당 4,700원에 maf-lim(bbkc) 계좌를 통하여 매수한 후 maf2 ltd 계좌에 있던 41,900주를 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘기고, maf plc 계좌에 있던 19만주를 3회에 걸쳐 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘긴 것이다.

그런데 그 무렵 금융감독원에서 투자보고서 변조여부에 관한 내사가 진행되어 maf-lim, bbkc 계좌를 알리지 않기로 하고 그 무렵부터는 11-13번과 같이 maf plc에서 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮겼던 것을 포함하여 대부분의 주식을 옵셔널벤처스인코퍼레이션으로 넘기기 시작한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 23-27번은 증권회사 수수료 수입을 올려주기 위한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 28-31번은 공소외 6 주식회사의 경영권인수 이후 불필요한 주식을 처분하면서 공시의무의 불편함을 피하기 위하여 보유물량이 아직 5%에 미치지 못한 <<<뱅크의 계좌에서 주식을 매도하기로 하고 Next Step Enterprises, Inc(이하 'Next Step'이라 한다), Zoic Financial Services Corporation(이하 'Zoic'이라 한다), bbkc(maf-lim), La Raza Investment Company(이하 'La Raza'라 한다)에서 <<<뱅크로 주식을 이전한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 32번 이후의 거래는 유상증자에 참여했던 GE Investment Capital Partner(이하 'GE'라 한다), Rhodes Capital, Inc(이하 'Rhodes'라 한다), Prime Capital, Inc(이하 'Prime'이라 한다), McGraw Investment, Inc(이하 'McGraw'라 한다)가 배정받은 신주를 현금화하기 위하여 매도한 것이다.

③ 고가 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 <<<뱅크의 우회상장을 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 위하여 제1순위 매도가격보다 높은 가격으로 매수주문을 한 것일 뿐, 결코 주가조작을 통한 시세차익을 얻기 위하여 고가에 주식을 매집한 것이 아니다

제1 원심판결 범죄일람표 (6) 고가매수 주문내역 기재 1번의 경우 매도 1순위 가격은 2,850원이었고, 피고인은 4,400주를 매수하려 하였는데 매도 1순위 물량이 3,002주밖에 없어서 원하는 물량을 매수하려면 매도 1순위 가격보다 높은 2,870원에 매수주문을 넣을 수밖에 없었고, 나머지 고가매수거래 역시 이와 같은 경위로 체결된 것이다.

④ 허수 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 변동성이 큰 공소외 6 주식회사의 주식에 대하여 단타거래를 통하여 높은 수익을 올릴 의도로 거래를 하게 되었는데, 워낙 주가의 변동폭이 커서 하한가에 거래가 체결되는 예가 적지 않았기 때문에 일부 거래의 경우 동시호가시간대에 하한가에 근접한 가격으로 매수주문을 내기도 하였고, 이후 시황을 보아 매수주문을 취소하거나 매수가격을 정정하면서 거래를 한 것이지, 매수의사 없이 매매를 유인하기 위한 것이 아니었다.

⑤ 허수 매도주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 공소외 6 주식회사를 인수할 계획 하에 주식시장에서 피고인이 용이하게 공소외 6 주식회사의 주식을 매집할 수 있을 것인가를 시험해 볼 생각으로 2000. 12. 6.과 같은 달 7일, 8일 및 11일 허수 매도주문을 한 것에 불과하다.

⑥ 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 공시한 각 회사에 대하여 신주가 배정된 것은 사실이므로, 이 점에 있어서 공시내용이 허위라고 할 수 없고, 제1 원심판결 별지 범죄일람표 (7) 기재 4번의 회사들은 실제로 적법·유효하게 존재하는 회사들로서 그 회사들이 유상증자에 참여한 이상 이 부분이 허위의 사실을 공시한 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 피고인은 같은 범죄일람표 (7) 기재 1번 2번 3번 회사들의 법인설립인가서가 위조된 사실을 알지 못하였으므로 허위사실을 유포한다는 고의가 있었다고 할 수 없다.

더구나 자금사용의 목적에 대한 공시내용 역시 유상증자 당시의 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 할 것이지, 이후 위 목적에 실제로 자금을 사용하였는지의 여부에 의하여 공시내용의 허위성이 좌우되어서는 안 되는데, 피고인은 유상증자 후 <<은행에 대한 채무변제, 운영비, 공소외 8 주식회사사건, MAF 투자금반환요구 등의 급한 용도에 사용함에 따라 유상증자자금을 공시된 사용목적에 사용하지 못한 것이지 처음부터 공시된 내용대로 투자할 의사없이 허위로 공시한 것이 아니다.

(라) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 고의가 없다.

또한, 제1 원심판결은 피고인에 대한 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 신빙성이 없는 공소외 2의 진술과 공소외 4의 진술을 믿고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(마) 미결구금일수 미산입의 점

원심은 피고인이 미국에서 구금되어 있던 일수를 미결구금일수 산입에서 제외하는 잘못을 저질렀다.

(2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

제1 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인에 대하여 제1 원심은 서울중앙지방법원 2007고합1408호로, 제2 원심은 같은 법원 2008고합606호로 각각 따로 심리를 마친 후 판결을 선고하였고, 피고인은 위 각 판결에 대하여, 검사는 제1 원심판결 유죄 부분에 대하여 각 항소를 제기하였으며, 이 법원은 피고인에 대한 각 항소사건을 병합(다만, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄는 분리)하여 심리하기로 결정하였는바, 피고인에 대한 제1 원심판결이 유죄로 인정한 각 죄와 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기의 범위 내에서 단일한 형으로 처단하여야 하므로, 피고인에 대한 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 이 점에서 파기를 면할 수 없게 되었다.

나. 피고인의 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

피고인이 제1 원심판결에 대하여 항소이유로 내세우는 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여 보기로 한다.

(1) 공소시효의 점에 대하여

형사소송법 제253조 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이 때 범인의 국외체류 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결 등 참조).

제1 원심은 "① 피고인은 2000. 12월경부터 여러 개의 증권계좌를 이용하여 주식회사 공소외 6 주식회사 주식 거래를 해왔는데, 한국증권업협회에서는 이미 2001. 4월경 피고인의 주식거래에서 이상 징후를 발견하고 주가조종 혐의 등

에 관한 조사에 착수하였던 점(수사기록 제1권 제166면), ② 한편 피고인은 1999. 4. 27. 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영하였으나, 2001. 4월경 공소외 7 주식회사의 투자자문업 및 투자일임업 등록이 취소되었고, 이에 피고인은 그 무렵부터 공소외 7 주식회사 투자자들로부터 투자금의 반환을 요구받게 되었던 점, ③ 그러던 중 공소외 7 주식회사의 투자자 공소외 8 주식회사가 피고인을 고소함에 따라 2001. 12. 6. 검찰에 긴급체포되기도 하였던 점, ④ 이후 피고인이 공소외 8 주식회사와 합의하여 긴급체포에서 석방되기는 하였으나, 투자금 일부를 반환하지 아니하여 향후 다른 투자자로부터 추가 고소가 제기될 가능성은 여전히 존재하였던 점, ⑤ 이러한 상황에서 피고인은 디스크를 치료한다거나 연말을 보낸다는 명목으로 2001. 12. 20. 처 공소외 5와 함께 미국으로 출국하였고, 이후 한번도 자진 귀국하지 아니하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화하여 회사 업무를 지시하였고, 2002. 1월경에는 누나 공소외 1을 국내로 보내 그 업무를 관리하도록 하였으며, 나아가 위 회사 직원 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인하였을 뿐만 아니라, 공소외 6 주식회사 소액 주주들이 회사에 찾아오자 사무실을 폐쇄하고 그 서류들을 옮기라고 지시하기도 하였던 점, ⑦ 이후 2002. 3월경 공소외 6 주식회사 직원들에 대한 검찰 수사가 진행되었고, 그 수사과정에서 피고인이 상당한 혐의를 받고 있었음에도, 피고인은 스스로 귀국하여 자신의 입장을 밝히는 등 범죄혐의를 벗어나기 위한 노력은 전혀 하지 아니하였던 점 등을 고려하면, 피고인의 출국에는 적어도 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에 대한 공소시효는 2001. 12. 21.경 정지되었다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 대하여

제1 원심은 그 판시와 같이, "① 이 사건 위조된 여권과 법인설립인가서는 공소외 6 주식회사의 '업무'에 관하여 사용된 것인데, 회사 직원에 불과한 공소외 2가 피고인의 지시 없이 임의로 이를 위조·행사한다는 것은 쉽게 납득되지 아니하는 점, ② 피고인은 공소외 2에게 법인설립을 지시하였으면서도, 서비스 컴퍼니를 통한 법인 설립 비용은 이를 지불하지 아니하였고, 이후 법인 설립과정을 확인하지도 아니한 것으로 보이는 점, ③ 한편 공소외 2는 2002. 3.경 이래 이 법원에 이르기까지 피고인의 지시에 의하여 이 사건 여권과 법인설립인가서를 위조하였다고 일관하여 진술하고 있는바, 공소외 2는 이 부분 범행으로 이미 징역형을 선고받아 그 집행을 마친 자로서 위와 같은 공소외 2의 진술에 허위가 개입하였을 만한 별다른 정황도 엿보이지 아니하는 점, ④ 또한 공소외 2는 공소외 3으로 하여금 이 사건 여권의 위조를 다시 지시하였는데, 공소외 3은 공소외 2의 지시로 이 사건 여권을 위조하고 있을 당시 피고인의 처 공소외 5가 전화하여 '급히 써야 하니 공소외 2가 시킨 일을 빨리 처리해 달라'고 말했다고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인은 미국으로 출국한 이후에도 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화로 업무를 지시해왔고, 2002. 1.경에는 공소외 1을 공소외 6 주식회사 사무실로 보내는 등 회사 업무를 계속 총괄하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 위조문서로 설립된 법인 명의의 계좌로 주식을 거래하거나 자금을 거래해 왔는데, 이후 그로 인한 이익 대부분이 피고인에게 귀속되었던 점 등을 고려하면, 이 사건 여권과 법인설립인가서는 모두 피고인의 지시에 의하여 위조·행사된 것으로 봄이 상당하다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고(공소외 2의 수사기관 및 제1 원심법정에서의 진술은 피고인으로부터 여권을 위조하라는 지시를 받고 포토샵 작업을 할 수 있는 공소외 3에게 다시 지시를 하였고, 법인설립인가서는 자신이 직접 위조하였거나 다른 직원을 시켜 위조를 하였다는 취지로서 그 전체적인 진술에 일관성이 없거나, 모순점이 있다고 할 수 없다), 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(3) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

(가) 가장·통정매매, 고가 매수주문, 허위 매수·매도 주문으로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 "㉠ 피고인은 무려 38개의 증권계좌를 통하여 주식거래를 해왔음에도 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 주식만을 거래하였을 뿐 그 외의 다른 주식은 거의 거래하지 아니하였던 점, ㉡ ▽▽은행은 공소외 6 주식회사의 인수가격을 주당 4,500원 내지 4,600원으로 예상하고 있었고, 캐피탈㉢에서는 2000. 12.경 실제 그 정도 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하려 하였으므로, 피고인으로서는 2000. 12.경 위와 같은 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수할 수 있었음에도 불구하고, 2000. 12. 6.경부터 비정상적인 거래를 함으로써 2000. 12. 초경 2,300원이던 주가를 2001. 1. 말경 7,000원 상당으로 상승시켰고, 그 후에야 비로소 ▽▽은행측에 공소외 6 주식회사의 인수 제의를 하였는데, 그 무렵 피고인은 약 140만 6,476주(총 발행주식 384만 주의 약 37.1%)의 주식을 보유하고 있어 ▽▽은행보다 많은 주식을 보유하고 있었던 점, ㉣ 피고인은, 주식 매집 과정에서 주가가 상승한 것일 뿐 주가 조종행위는 하지 아니하였고, 경영권 인수를 위해 주식을 매집하고 있던 피고인이 인위적으로 주가를 부양한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 주장하나, 피고인은 2001. 1. 11.경 공소외 6 주식회사의 주식 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 이미 확보하고 있었던 반면, 2001. 2. 26. ▽▽은행으로부터 취득한 주식은 76만 주(총 발행주식의 약 20%)에 불과하였으므로, 피고인으로서의 주가 상승으로 인한 인수가격 부담보다는 이미 확보한 지분에 대한 가격 상승이 더 큰 이익으로 작용하였을 것으로 보이고, 실제 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 30.경부터 지속적으로 주식을 매각하였으며, 이후 5차례에 걸친 유상증자로 취득한 주식도 계속하여 순차 매각하였던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 피고인은 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위하여 주식을 대량 매입하였고, 경영권 인수 이후에는 총 5회에 걸쳐 유상증자를 실시하였던바, 피고인으로서의 경영권 인수를 위한 주식의 매집 단계에서는 저가에 주식을 매집하기 위하여 주가를 하락시킬 필요성이 있었던 반면, 유상증자 단계에서는 그로 인한 이익을 유지하기 위하여 주가를 하락시키지 않아야 할 필요성이 있었던 점, ㉥ 이 사건 <허수매도 주문내역>상의 주문은 피고인이 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하는 기간(2000. 12. 6. ~ 2000. 12. 11.)에 이루어졌는데, 주식을 매집하고 있던 피고인이 위 주식에 대한 매도주문을 낸다는 것을 쉽게 납득되지 아니할 뿐 아니라, 2000. 12. 8. 08:56:58경부터 09:44:46경까지 사이에 매도1호가 대비 310원에서 160원 높은 2,940원에 11회에 걸쳐 36,000주를 매도주문 하였으나, 주가가 2,900원까지 상승하자 위 매도주문을 모두 취소하여 한 주도 계약 체결되지 아니하도록 하였던 것에 비추어 볼 때, 위와 같은 매도 주문은 주식 매집과정에 있던 피고인이 인위적으로 주가를 하락시키기 위한 것으로 보이는 점, ㉦ 한편 이 사건 시세조종행위 당시는 소위 'IMF 외환위기' 직후로서 국내 일반투자자들이 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으므로, 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었음에도, 피고인은 공소외

6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 17.경 외국계 회사인 MAF Limited와 Optional Ventures, Inc가 경영참가를 목적으로 공소외 6 주식회사의 주식을 인수하였다고 공시함으로써 주가 상승요인을 스스로 제공하기도 하였던바, 위와 같은 공시는 이미 확보한 주식의 가격을 인위적으로 부양하기 위한 것으로 보일 뿐 아니라, 실제 위 공시 이후 주가가 급등하기도 하였던 점(수사기록 제1권 제181, 182면, 수사기록 제11권 제5780면), ㉠ 피고인은 2001. 1. 17. 종가결정을 위한 동시호가 시간대인 14:52:04경 직전가 대비 1,040원 높은 가격인 6,040원에 3,000주를 고가 매수하는 등 2000. 12. 12.경부터 2001. 4. 27.경까지 총 31회에 걸쳐 <고가매수 주문내역>과 같은 매수주문을 하였는데, ▽▽은행으로부터 공소외 6 주식회사의 주식 76만 주를 인수하여 경영권을 취득한 이후에도 계속하여 고가매수 주문을 하였던 점, ㉡ 이 사건 <허수매수 주문내역>과 같은 주문은 2001. 2. 13.경부터 2001. 11. 30.경까지 이루어졌는데, 피고인은 2001. 7. 4. 08:56:33경 전일종가 및 직전가대비 400원 내지 440원 낮은 3,230원에 12만 주의 매수주문을 내었다가 같은 날 다른 계좌를 이용하여 직전가대비 110원 낮은 3,490원에 20만 주를 매수주문하여 매수 잔량을 쌓은 후, 11:32:04 내지 11:32:16경 위 12만 주의 주문을 취소하고, 14:25:29경 주가가 3,600원에서 3,580원으로 하락하여 체결가능성이 높아지자 위 주문을 3,450원으로 낮게 매수가격을 정정하였고, 위와 같은 매수 주문의 취소 및 정정행위를 반복하였던 점, ㉢ 이 사건 <가장·통정매매 주문내역>과 같은 주문은 시가조종기간 전반에 걸쳐 이루어졌고, 특히 시가 또는 종가결정을 위한 시간대에 집중적으로 이루어졌던 점, ㉣ 피고인은 2000. 12. 5.경부터 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 시작하여 2001. 1. 11.경에는 이미 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 보유하고 있었고, 2. 26.경 ▽▽은행으로부터 76만 주(총 발행주식의 약 20%)를 추가로 매입하였으며, 2001. 10. 5.에는 10,721,743주(당시 총 발행주식 1,654만 주의 약 64.8%)를 보유하기도 하는 등 공소외 6 주식회사 주식에 대한 상당한 영향력을 가지고 있었던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 공소외 6 주식회사의 총 발행 주식수는 시세조정기간 동안 384만주에서 1,654만주로 증가하였는데, 피고인은 위 기간 중 총 63,579,315주에 대한 매수 또는 매도 주문을 하여, 16,068,217주를 매수하고 21,321,529주를 매도하였던 점, ㉥ 피고인의 공소외 6 주식회사 주식에 대한 시세조종기간 평균 시세관여율은 16.6%에 달하였고, 2001. 7. 6.에는 52.92%의 시세관여율을 보이기도 하였던 점(수사기록 제1권 제126면), ㉦ 위와 같은 피고인의 주식거래로 인하여 2000. 12. 5.에 2,350원이던 공소외 6 주식회사의 주가는 2001. 2. 1. 8,130원으로 상승하여 245.9% 상승하였고, 이후 대규모 유상증자에 따른 등락을 반복하다가 시세조정행위가 끝날 무렵인 2001. 11. 30.경에는 2,720원 정도에 머물렀던 점, ㉧ 피고인은 시세조종기간 동안 자사주인 공소외 6 주식회사의 주식매매 업무만을 수행하였을 뿐, 본래의 업무인 창업투자지원업무는 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고인에게는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'과 '매매거래를 유인할 목적'이 있었다고 봄이 상당하다.

가사 피고인에게 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위한 목적이 있었다더라도 이와 함께 공소외 6 주식회사의 주가를 인위적으로 부양하려는 목적 또한 있었던 것으로 인정되는 이상 피고인의 행위가 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 위반행위에 해당함에는 아무런 영향이 없다.

"고 판단하였다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살피건대, 원심이 열거한 위의 여러 점에다가, 가장·통정매매에 의한 시세조종행위에서 같은 가격과 시기를 요구하는 것은 매매의 성립을 위한 것이므로 매매가 성립되는 한 구체

적인 주문의 시기와 가격에 다소 차이가 있더라도 시세조종행위가 성립하는 점, 공소외 6 주식회사의 주식 13만주가 bbkc 계좌에서 maf plc 계좌를 거쳐 maf-lim 계좌로 이전한다고 하면서도 매매가격을 지속적으로 상승시키고 있는 점, maf plc 계좌나 maf2 ltd 계좌에는 잔고가 얼마 없어 증권거래법상의 공시의무대상이라고 보기 어려운 점(증거기록 9363쪽), bbkc 계좌는 피고인이 이미 2001. 1. 17. MAF Ltd에서 공소외 6 주식회사의 주식을 투자목적으로 인수했다고 공시를 하였기 때문에 2001. 1. 19.경에는 증권거래법상의 공시의무의 부담을 염려할 이유가 없는 점, 금융감독원에서 피고인에 대한 투자보고서 변조여부에 대한 조사를 시작하게 된 때는 2001. 2월경부터이므로 같은 범죄일람표 11-13번 거래 당시에 피고인이 주식을 옮길 이유가 없는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인은 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 가장·통정매매를 한 사실이 인정되므로, 제1 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 당심의 LG 투자증권, 우리투자증권에 대한 사실조회결과와 위 인정에 방해되지 아니하며, 달리 제1 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법은 없다.

또, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 밝힌 여러 사정에다가, 매도 1순위 가격으로 원하는 매수수량의 일부라도 우선 매수하고 더 높은 가격의 매도 2순위 가격으로 나머지 주식을 매수하는 방법을 쓰지 않고 처음부터 높은 가격으로 주식을 매수한다는 것은 일반의 경험칙상 비합리적인 점, 더구나 피고인이 굳이 높은 가격에 주식을 매수한 것은 원하는 물량을 빨리 매수하는데 목적이 있던 것으로 보이는데, 그렇게라도 매수한 이후 특별한 사용목적이 있던 것으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 거래가 성황을 이루고 있는 것처럼 보이게 하거나 매매거래를 유인할 목적으로 고가의 매수주문을 하고 허수 매수·매도주문을 한 사실이 인정된다.

(나) 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 그 판시와 같은 법리를 전제로 한 후 "① 외국법인이 유상증자에 참여한다는 공시부분에 관하여 살피건대, ㉠ 공소외 6 주식회사가 유상증자를 실시한 2001.경은 국내 기업들이 소위 'IMF 외환위기'의 타개책으로 외국인의 투자를 적극 유치하여야 하는 상황에 있었고, 국내 일반투자자들은 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으며, 이에 따라 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었던 점, ㉡ 그런데 공소외 6 주식회사의 유상증자에 참여할 외국 법인들 중 일부는 피고인이 법인설립인가서를 위조하여 외국인 투자 등록증을 발급받은 법인들이었고(제1 원심판결 26쪽 <표 2>의 순번 1 내지 8 부분), 나머지 일부는 피고인이 임의로 설립한 법인들로서 별다른 사업실적이 존재하지 아니하였던 점(위 <표 2>의 순번 9, 10, 11 부분), ㉢ 위 법인들이 납입할 주금 역시 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 다시 국내로 반입한 것일 뿐 위 법인들이 실제로 주금을 납입하지는 아니하였던 점, ㉣ 이에 따라 유상증자로 발행될 신주 역시 피고인에게 실질적 그 처분권한이 부여되어 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성은 인정된다.

② 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자한다는 공시 부분에 관하여 살피건대, ㉤ 이 부분 공시는 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자하겠다는 계획을 구체적으로 밝힌 것으로서, 공시 당시 위와 같은 자금 사용계획이 존재하지 않았다면 그 공시는 허위의 공시라고 해야 할 것인데, 피고인은 유상증자로 조달한 자금으로 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 반환하거나 또는 차명 계좌에 입금하여 공소외 6 주식회사의 주식거래 대금으로 유용하였을 뿐, 공시 내용과 같은 정보통신분야, 생명공학분야, 인터넷(콘텐츠) 등의 사업에는 전혀 투자하지 아니하였던 점, ㉥ 달리 피고인이 유상증자로 조달한 자금을 위 사업 분야에 투자하려 하였다는 정황도 전혀 발견되지 아니

하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성 역시 인정된다.

"고 판단하여 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(4) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지 아니한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결).

제1 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심이 공소외 2, 공소외 4의 진술을 믿어 사실을 인정한 후 위 각 증권거래법위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 범죄의 고의에 관한 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(5) 미결구금일수 미산입의 점에 대하여

미결구금은 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 피고인 또는 피의자를 구금하는 강제처분이어서 형의 집행은 아니지만, 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있는데, 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, 피고인이 범행 후 미국으로 도주하였다가 대한민국정부와 미합중국정부 간의 범죄인 인도조약에 따라 체포되어 인도절차를 밟기 위한 절차에 해당하는 기간에 불과하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도6378 판결, 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

다.

피고인의 제2 원심판결 공직선거법위반죄에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 제17대 대통령선거에서 ○○○ 후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표한 것으로서 그 죄질과 범정이 좋지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합·검토하여 보면, 비록 피고인이 한국에서 태어난 후 5세 이후 미국에서 자랐기 때문에 한국의 선거 문화에 대한 이해가 부족하였던 점, 피고인이 코넬대학, 시카고대학 등의 우수 대학을 졸업한 후 GE 캐피탈그룹, 모건스탠리 등에서 근무하던 중 한국의 경제에 이바지하고자 하는 마음으로 한국에 들어와 활동하였던 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 감안하더라도, 제2 원심이 판시 공직선거법위반죄에 대하여 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무겁다고 인정되지는 않는다.

3. 결론

따라서, 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있으므로, 이 부분에 대한 피고인과 검사(검사는 제1 원심판결에 대하여만 양형부당 항소를 하였다)의 각 양형부당 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해(항소이유를 보충하는 범위내에서 변호인이 제출한 변론요지서를 참고한다)

(가) 공소시효의 점

피고인은 2001. 12. 20. 미국으로 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 경영에 전혀 관여하지 않은 점, 공소외 1이 공소외 6 주식회사의 업무를 관리하지 않은 점, 피고인이 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인한 적은 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 형사처분을 면할 목적으로 도주하였다고 볼 수 없다.

(나) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점

제1 원심판결은 공소외 2의 진술을 믿고 피고인에 대한 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 공소외 2의 진술은 공소외 3에게 여권위조를 지시한 경위, 피고인이 공소외 3에게 직접 위조를 지시하였는지, 위조여권 등을 법무사 사무실에 전달한 사람이 누구였는지, 피고인이 여권과 법인설립인가서를 모두 위조하도록 지시하였는지, 여권과 법인설립인가서의 위조수법 등에 관하여 진술을 여러 차례 반복하는 점 등에 비추어 볼 때 믿을 수 없고, 피고인에게는 여권과 법인설립인가서를 위조하도록 지시할 동기가 없으며, 이 부분 공소사실에 관하여는 공소외 2의 진술 외에 어떠한 물적 증거도 없다.

또한, 피고인은 2001. 12. 20. 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 업무와 관련하여 국내의 직원들과 특별히 연락을 주고 받은 사실이 없고, 2001. 12. 20. 이후의 위조여권행사의 점에 대하여는 알지도 못한다.

(다) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점

① 주식매매 경위

피고인은 <<<뱅크를 우회상장하기 위하여 공소외 6 주식회사를 인수하기로 하면서, 인수를 위한 시간을 절약하고 인수비용을 줄이기 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 최소한 37% 정도 확보한 다음 ▽▽은행과 협상을 진행하여 공소외 6 주식회사를 인수하고, 만약 ▽▽은행이 협상을 거부하면 적대적 인수를 실행할 계획이었다.

피고인은 이러한 계획하에 공소외 6 주식회사의 주식을 은밀하게 매집한 것이다.

피고인이 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수한 이후 보유하던 주식을 매도한 것은 당초 37% 정도의 주식만을 매집한 후 ▽▽은행으로부터 10% 정도의 주식을 추가매집할 의사였는데, ▽▽은행이 20%의 주식을 매수할 것을 요구하여 부득이 20%의 주식을 추가로 매입하였고, 굳이 보유할 필요가 없는 주식은 경영권에 영향을 미치지 않는 범위 내에서 조금씩 매도하게 된 것이며, 실제로 공소외 6 주식회사의 주식매매로 인하여 전체적으로 손실을 입었을 뿐, 결코 시세차익을 얻을 목적으로 공소외 6 주식회사를 인수한 것이 아니다.

② 가장·통정매매로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 가장·통정매매처럼 보이는 주식거래를 하게 된 것은 공소외 6 주식회사의 인수를 위하여 주식을 매입하는 과정에서 증권거래법상의 대량보유보고의무규정의 저촉을 피하면서 효과적으로 주식을 매집하는 외에 증권회사에 어느 정도 수수료 수입을 안겨주어 주식거래의 편의를 도모하며, 유상증자를 실시한 후 그 유상증자물량을 신속히 소화하기 위한 것이다.

실제 가장·통정매매가 차지하는 비율은 전체 거래기간 중의 총 거래량 1억 7,000만주 중 7.6%인 1,300만주에 불과하다.

제1 원심판결 별지 범죄일람표 (6) 가장·통정매매 내역 기재 6번의 경우 매도호가시각과 매수호가시각이 1시간 이상 차이가 나고, 매도주문과 매수주문이 7만주나 차이가 나며, 거래체결수량이 1,129주에 불과하여 통정거래라 할 수 없다.

같은 범죄일람표 기재 7, 8번은 증권거래법상의 공시규정을 피하기 위하여 주식을 분산하면서 bbkc에서 maf plc 계좌로 13만주를 매도하기로 하였다가 maf plc 계좌에 매수자금이 부족하여 다시 maf-lim 계좌로 옮긴 것에 불과하다. 같은 범죄일람표 기재 9번, 11-13번, 14-22번은 증권거래법상의 공시의무를 감수하고서라도 물량을 확보하기 위하여 주당 4,700원에 maf-lim(bbkc) 계좌를 통하여 매수한 후 maf2 ltd 계좌에 있던 41,900주를 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘기고, maf plc 계좌에 있던 19만주를 3회에 걸쳐 maf-lim(bbkc) 계좌로 넘긴 것이다.

그런데 그 무렵 금융감독원에서 투자보고서 변조여부에 관한 내사가 진행되어 maf-lim, bbkc 계좌를 알리지 않기로 하고 그 무렵부터는 11-13번과 같이 maf plc에서 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮겼던 것을 포함하여 대부분의 주식을 옵서널벤처스인코퍼레이션으로 넘기기 시작한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 23-27번은 증권회사 수수료 수입을 올려주기 위한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 28-31번은 공소외 6 주식회사의 경영권인수 이후 불필요한 주식을 처분하면서 공시의무의 불편함을 피하기 위하여 보유물량이 아직 5%에 미치지 못한 <<<뱅크의 계좌에서 주식을 매도하기로 하고 Next Step Enterprises, Inc(이하 'Next Step'이라 한다), Zoic Financial Services Corporation(이하 'Zoic'이라 한다), bbkc(maf-lim), La Raza Investment Company(이하 'La Raza'라 한다)에서 <<<뱅크로 주식을 이전한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 32번 이후의 거래는 유상증자에 참여했던 GE Investment Capital Partner(이하 'GE'라 한다), Rhodes Capital, Inc(이하 'Rhodes'라 한다), Prime Capital, Inc(이하 'Prime'이라 한다), McGraw Investment, Inc(이하 'McGraw'라 한다)가 배정받은 신주를 현금화하기 위하여 매도한 것이다.

③ 고가 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 <<<뱅크의 우회상장을 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 위하여 제1순위 매도가격보다 높은 가격으로 매수주문을 한 것일 뿐, 결코 주가조작을 통한 시세차익을 얻기 위하여 고가에 주식을 매집한 것이 아니다

제1 원심판결 범죄일람표 (6) 고가매수 주문내역 기재 1번의 경우 매도 1순위 가격은 2,850원이었고, 피고인은 4,400주를 매수하려 하였는데 매도 1순위 물량이 3,002주밖에 없어서 원하는 물량을 매수하려면 매도 1순위 가격보다 높은 2,870원에 매수주문을 넣을 수밖에 없었고, 나머지 고가매수거래 역시 이와 같은 경위로 체결된 것이다.

④ 허수 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 변동성이 큰 공소외 6 주식회사의 주식에 대하여 단타거래를 통하여 높은 수익을 올릴 의도로 거래를 하게 되었는데, 워낙 주가의 변동폭이 커서 하한가에 거래가 체결되는 예가 적지 않았기 때문에 일부 거래의 경우 동시호가시간대에 하한가에 근접한 가격으로 매수주문을 내기도 하였고, 이후 시황을 보아 매수주문을 취소하거나 매수가격을 정정하면서 거래를 한 것이지, 매수의사 없이 매매를 유인하기 위한 것이 아니었다.

⑤ 허수 매도주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 공소외 6 주식회사를 인수할 계획 하에 주식시장에서 피고인이 용이하게 공소외 6 주식회사의 주식을 매집할 수 있을 것인가를 시험해 볼 생각으로 2000. 12. 6.과 같은 달 7일, 8일 및 11일 허수 매도주문을 한 것에 불과하다.

⑥ 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 공시한 각 회사에 대하여 신주가 배정된 것은 사실이므로, 이 점에 있어서 공시내용이 허위라고 할 수 없고, 제1 원심판결 별지 범죄일람표 (7) 기재 4번의 회사들은 실제로 적법·유효하게 존재하는 회사들로서 그 회사들이 유상증자에 참여한 이상 이 부분이 허위의 사실을 공시한 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 피고인은 같은 범죄일람표 (7) 기재 1번 2번 3번 회사들의 법인설립인가서가 위조된 사실을 알지 못하였으므로 허위사실을 유포한다는 고의가 있었다고 할 수 없다.

더구나 자금사용의 목적에 대한 공시내용 역시 유상증자 당시의 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 할 것이지, 이후 위 목적에 실제로 자금을 사용하였는지의 여부에 의하여 공시내용의 허위성이 좌우되어서는 안 되는데, 피고인은 유상증자 후 ▽▽은행에 대한 채무변제, 운영비, 공소외 8 주식회사사건, MAF 투자금반환요구 등의 급한 용도에 사용함에 따라 유상증자자금을 공시된 사용목적에 사용하지 못한 것이지 처음부터 공시된 내용대로 투자할 의사없이 허위로 공시한 것이 아니다.

(라) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여

고의가 없다.

또한, 제1 원심판결은 피고인에 대한 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 신빙성이 없는 공소외 2의 진술과 공소외 4의 진술을 믿고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(마) 미결구금일수 미산입의 점

원심은 피고인이 미국에서 구금되어 있던 일수를 미결구금일수 산입에서 제외하는 잘못을 저질렀다.

(2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

제1 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인에 대하여 제1 원심은 서울중앙지방법원 2007고합1408호로, 제2 원심은 같은 법원 2008고합606호로 각각 따로 심리를 마친 후 판결을 선고하였고, 피고인은 위 각 판결에 대하여, 검사는 제1 원심판결 유죄 부분에 대하여 각 항소를 제기하였으며, 이 법원은 피고인에 대한 각 항소사건을 병합(다만, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄는 분리)하여 심리하기로 결정하였는바, 피고인에 대한 제1 원심판결이 유죄로 인정한 각 죄와 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기의 범위 내에서 단일한 형으로 처단하여야 하므로, 피고인에 대한 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 이 점에서 파기를 면할 수 없게 되었다.

나. 피고인의 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

피고인이 제1 원심판결에 대하여 항소이유로 내세우는 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여 보기로 한다.

(1) 공소시효의 점에 대하여

형사소송법 제253조 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이 때 범인의 국외체류 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결 등 참조).

제1 원심은 "① 피고인은 2000. 12월경부터 여러 개의 증권계좌를 이용하여 주식회사 공소외 6 주식회사 주식 거래를 해왔는데, 한국증권업협회에서는 이미 2001. 4월경 피고인의 주식거래에서 이상 징후를 발견하고 주가조종 혐의 등에 관한 조사에 착수하였던 점(수사기록 제1권 제166면), ② 한편 피고인은 1999. 4. 27. 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영하였으나, 2001. 4월경 공소외 7 주식회사의 투자자문업 및 투자일임업 등록이 취소되었고, 이에 피고인은 그 무렵부터 공소외 7 주식회사 투자자들로부터 투자금의 반환을 요구받게 되었던 점, ③ 그러던 중 공소외 7 주식회사의 투자자 공소외 8 주식회사가 피고인을 고소함에 따라 2001. 12. 6. 검찰에 긴급체포되기도 하였던 점, ④ 이후 피고인이 공소외 8 주식회사와 합의하여 긴급체포에서 석방되기는 하였으나, 투자금 일부를 반환하지 아니하

여 향후 다른 투자자로부터 추가 고소가 제기될 가능성은 여전히 존재하였던 점, ⑤ 이러한 상황에서 피고인은 디스크를 치료한다거나 연말을 보낸다는 명목으로 2001. 12. 20. 처 공소외 5와 함께 미국으로 출국하였고, 이후 한번도 자진 귀국하지 아니하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화하여 회사 업무를 지시하였고, 2002. 1월경에는 누나 공소외 1을 국내로 보내 그 업무를 관리하도록 하였으며, 나아가 위 회사 직원 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인하였을 뿐만 아니라, 공소외 6 주식회사 소액 주주들이 회사에 찾아오자 사무실을 폐쇄하고 그 서류들을 옮기라고 지시하기도 하였던 점, ⑦ 이후 2002. 3월경 공소외 6 주식회사 직원들에 대한 검찰 수사가 진행되었고, 그 수사과정에서 피고인이 상당한 혐의를 받고 있었음에도, 피고인은 스스로 귀국하여 자신의 입장을 밝히는 등 범죄혐의를 벗어나기 위한 노력은 전혀 하지 아니하였던 점 등을 고려하면, 피고인의 출국에는 적어도 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에 대한 공소시효는 2001. 12. 21.경 정지되었다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 대하여

제1 원심은 그 판시와 같이, "① 이 사건 위조된 여권과 법인설립인가서는 공소외 6 주식회사의 '업무'에 관하여 사용된 것인데, 회사 직원에 불과한 공소외 2가 피고인의 지시 없이 임의로 이를 위조·행사한다는 것은 쉽게 납득되지 아니하는 점, ② 피고인은 공소외 2에게 법인설립을 지시하였으면서도, 서비스 컴퍼니를 통한 법인 설립 비용은 이를 지불하지 아니하였고, 이후 법인 설립과정을 확인하지도 아니한 것으로 보이는 점, ③ 한편 공소외 2는 2002. 3.경 이래 이 법원에 이르기까지 피고인의 지시에 의하여 이 사건 여권과 법인설립인가서를 위조하였다고 일관하여 진술하고 있는바, 공소외 2는 이 부분 범행으로 이미 징역형을 선고받아 그 집행을 마친 자로서 위와 같은 공소외 2의 진술에 허위가 개입하였을 만한 별다른 정황도 엿보이지 아니하는 점, ④ 또한 공소외 2는 공소외 3으로 하여금 이 사건 여권의 위조를 다시 지시하였는데, 공소외 3은 공소외 2의 지시로 이 사건 여권을 위조하고 있을 당시 피고인의 처 공소외 5가 전화하여 '급히 써야 하니 공소외 2가 시킨 일을 빨리 처리해 달라'고 말했다고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인은 미국으로 출국한 이후에도 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화로 업무를 지시해왔고, 2002. 1.경에는 공소외 1을 공소외 6 주식회사 사무실로 보내는 등 회사 업무를 계속 총괄하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 위조문서로 설립된 법인 명의의 계좌로 주식을 거래하거나 자금을 거래해 왔는데, 이후 그로 인한 이익 대부분이 피고인에게 귀속되었던 점 등을 고려하면, 이 사건 여권과 법인설립인가서는 모두 피고인의 지시에 의하여 위조·행사된 것으로 봄이 상당하다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고(공소외 2의 수사기관 및 제1 원심법정에서의 진술은 피고인으로부터 여권을 위조하라는 지시를 받고 포토샵 작업을 할 수 있는 공소외 3에게 다시 지시를 하였고, 법인설립인가서는 자신이 직접 위조하였거나 다른 직원을 시켜 위조를 하였다는 취지로서 그 전체적인 진술에 일관성이 없거나, 모순점이 있다고 할 수 없다), 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(3) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

(가) 가장·통정매매, 고가 매수주문, 허위 매수·매도 주문으로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 "㉠ 피고인은 무려 38개의 증권계좌를 통하여 주식거래를 해왔음에도 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 주식만을 거래하였을 뿐 그 외의 다른 주식은 거의 거래하지 아니하였던 점, ㉡ ∇▽은행은 공소외 6 주식회사의 인수가격을 주당 4,500원 내지 4,600원으로 예상하고 있었고, 캐피탈㉢에서는 2000. 12.경 실제 그 정도 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하려 하였으므로, 피고인으로서는 2000. 12.경 위와 같은 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수할 수 있었음에도 불구하고, 2000. 12. 6.경부터 비정상적인 거래를 함으로써 2000. 12. 초경 2,300원이던 주가를 2001. 1. 말경 7,000원 상당으로 상승시켰고, 그 후에야 비로소 ∇▽은행측에 공소외 6 주식회사의 인수 제의를 하였는데, 그 무렵 피고인은 약 140만 6,476주(총 발행주식 384만 주의 약 37.1%)의 주식을 보유하고 있어 ∇▽은행보다 많은 주식을 보유하고 있었던 점, ㉣ 피고인은, 주식 매집 과정에서 주가가 상승한 것일 뿐 주가 조종행위는 하지 아니하였고, 경영권 인수를 위해 주식을 매집하고 있던 피고인이 인위적으로 주가를 부양한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 주장하나, 피고인은 2001. 1. 11.경 공소외 6 주식회사의 주식 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 이미 확보하고 있었던 반면, 2001. 2. 26. ∇▽은행으로부터 취득한 주식은 76만 주(총 발행주식의 약 20%)에 불과하였으므로, 피고인으로서의 주가 상승으로 인한 인수가격 부담보다는 이미 확보한 지분에 대한 가격 상승이 더 큰 이익으로 작용하였을 것으로 보이고, 실제 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 30.경부터 지속적으로 주식을 매각하였으며, 이후 5차례에 걸친 유상증자로 취득한 주식도 계속하여 순차 매각하였던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 피고인은 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위하여 주식을 대량 매입하였고, 경영권 인수 이후에는 총 5회에 걸쳐 유상증자를 실시하였던바, 피고인으로서의 경영권 인수를 위한 주식의 매집 단계에서는 저가에 주식을 매집하기 위하여 주가를 하락시킬 필요성이 있었던 반면, 유상증자 단계에서는 그로 인한 이익을 유지하기 위하여 주가를 하락시키지 않아야 할 필요성이 있었던 점, ㉥ 이 사건 <허수매도 주문내역>상의 주문은 피고인이 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하는 기간(2000. 12. 6. ~ 2000. 12. 11.)에 이루어졌는데, 주식을 매집하고 있던 피고인이 위 주식에 대한 매도주문을 낸다는 것을 쉽게 납득되지 아니할 뿐 아니라, 2000. 12. 8. 08:56:58경부터 09:44:46경까지 사이에 매도1호가 대비 310원에서 160원 높은 2,940원에 11회에 걸쳐 36,000주를 매도주문 하였으나, 주가가 2,900원까지 상승하자 위 매도주문을 모두 취소하여 한 주도 계약 체결되지 아니하도록 하였던 것에 비추어 볼 때, 위와 같은 매도 주문은 주식 매집과정에 있던 피고인이 인위적으로 주가를 하락시키기 위한 것으로 보이는 점, ㉦ 한편 이 사건 시세조종행위 당시는 소위 'IMF 외환위기' 직후로서 국내 일반투자자들이 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으므로, 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었음에도, 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 17.경 외국계 회사인 MAF Limited와 Optional Ventures, Inc가 경영참가를 목적으로 공소외 6 주식회사의 주식을 인수하였다고 공시함으로써 주가 상승요인을 스스로 제공하기도 하였던바, 위와 같은 공시는 이미 확보한 주식의 가격을 인위적으로 부양하기 위한 것으로 보일 뿐 아니라, 실제 위 공시 이후 주가가 급등하기도 하였던 점(수사기록 제1권 제181, 182면, 수사기록 제11권 제5780면), ㉧ 피고인은 2001. 1. 17. 종가결정을 위한 동시호가 시간대인 14:52:04경 직전가 대비 1,040원 높은 가격인 6,040원에 3,000주를 고가 매수하는 등 2000. 12. 12.경부터 2001. 4. 27.경까지 총 31회에 걸쳐 <고가매수 주문내역>과 같은 매수주문을

하였는데, ▽▽은행으로부터 공소외 6 주식회사의 주식 76만 주를 인수하여 경영권을 취득한 이후에도 계속하여 고가매수 주문을 하였던 점, ㉔ 이 사건 <허수매수 주문내역>과 같은 주문은 2001. 2. 13.경부터 2001. 11. 30.경까지 이루어졌는데, 피고인은 2001. 7. 4. 08:56:33경 전일종가 및 직전가대비 400원 내지 440원 낮은 3,230원에 12만 주의 매수주문을 내었다가 같은 날 다른 계좌를 이용하여 직전가대비 110원 낮은 3,490원에 20만 주를 매수주문하여 매수 잔량을 쌓은 후, 11:32:04 내지 11:32:16경 위 12만 주의 주문을 취소하고, 14:25:29경 주가가 3,600원에서 3,580원으로 하락하여 체결가능성이 높아지자 위 주문을 3,450원으로 낮게 매수가격을 정정하였고, 위와 같은 매수 주문의 취소 및 정정행위를 반복하였던 점, ㉕ 이 사건 <가장·통정매매 주문내역>과 같은 주문은 시가조종기간 전반에 걸쳐 이루어졌고, 특히 시가 또는 종가결정을 위한 시간대에 집중적으로 이루어졌던 점, ㉖ 피고인은 2000. 12. 5.경부터 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 시작하여 2001. 1. 11.경에는 이미 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 보유하고 있었고, 2. 26.경 ▽▽은행으로부터 76만 주(총 발행주식의 약 20%)를 추가로 매입하였으며, 2001. 10. 5.에는 10,721,743주(당시 총 발행주식 1,654만 주의 약 64.8%)를 보유하기도 하는 등 공소외 6 주식회사 주식에 대한 상당한 영향력을 가지고 있었던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉗ 공소외 6 주식회사의 총 발행주식수는 시세조정기간 동안 384만주에서 1,654만주로 증가하였는데, 피고인은 위 기간 중 총 63,579,315주에 대한 매수 또는 매도 주문을 하여, 16,068,217주를 매수하고 21,321,529주를 매도하였던 점, ㉘ 피고인의 공소외 6 주식회사 주식에 대한 시세조종기간 평균 시세관여율은 16.6%에 달하였고, 2001. 7. 6.에는 52.92%의 시세관여율을 보이기도 하였던 점(수사기록 제1권 제126면), ㉙ 위와 같은 피고인의 주식거래로 인하여 2000. 12. 5.에 2,350원이던 공소외 6 주식회사의 주가는 2001. 2. 1. 8,130원으로 상승하여 245.9% 상승하였고, 이후 대규모 유상증자에 따른 등락을 반복하다가 시세조정행위가 끝날 무렵인 2001. 11. 30.경에는 2,720원 정도에 머물렀던 점, ㉚ 피고인은 시세조종기간 동안 자사주인 공소외 6 주식회사의 주식매매 업무만을 수행하였을 뿐, 본래의 업무인 창업투자지원업무는 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고인에게는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'과 '매매거래를 유인할 목적'이 있었다고 봄이 상당하다.

가사 피고인에게 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위한 목적이 있었다더라도 이와 함께 공소외 6 주식회사의 주가를 인위적으로 부양하려는 목적 또한 있었던 것으로 인정되는 이상 피고인의 행위가 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 위반행위에 해당함에는 아무런 영향이 없다.

"고 판단하였다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살피건대, 원심이 열거한 위의 여러 점에다가, 가장·통정매매에 의한 시세조종행위에서 같은 가격과 시기를 요구하는 것은 매매의 성립을 위한 것이므로 매매가 성립되는 한 구체적인 주문의 시기와 가격에 다소 차이가 있더라도 시세조종행위가 성립하는 점, 공소외 6 주식회사의 주식 13만주가 bbkc 계좌에서 maf plc 계좌를 거쳐 maf-lim 계좌로 이전한다고 하면서도 매매가격을 지속적으로 상승시키고 있는 점, maf plc 계좌나 maf2 ltd 계좌에는 잔고가 얼마 없어 증권거래법상의 공시의무대상이라고 보기 어려운 점(증거기록 9363쪽), bbkc 계좌는 피고인이 이미 2001. 1. 17. MAF Ltd에서 공소외 6 주식회사의 주식을 투자목적으로 인수했다고 공시를 하였기 때문에 2001. 1. 19.경에는 증권거래법상의 공시의무의 부담을 염려할 이유가 없는 점, 금융감독원에서 피고인에 대한 투자보고서 변조여부에 대한 조사를 시작하게 된 때는 2001. 2월경부터이므로 같

은 범죄일람표 11-13번 거래 당시에 피고인이 주식을 옮길 이유가 없는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인은 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 가장·통정매매를 한 사실이 인정되므로, 제1 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 당심의 LG 투자증권, 우리투자증권에 대한 사실조회결과는 위 인정에 방해되지 아니하며, 달리 제1 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법은 없다.

또, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 밝힌 여러 사정에다가, 매도 1순위 가격으로 원하는 매수수량의 일부라도 우선 매수하고 더 높은 가격의 매도 2순위 가격으로 나머지 주식을 매수하는 방법을 쓰지 않고 처음부터 높은 가격으로 주식을 매수한다는 것은 일반의 경험칙상 비합리적인 점, 더구나 피고인이 굳이 높은 가격에 주식을 매수한 것은 원하는 물량을 빨리 매수하는데 목적이 있던 것으로 보이는데, 그렇게라도 매수한 이후 특별한 사용목적이 있던 것으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 거래가 성황을 이루고 있는 것처럼 보이게 하거나 매매거래를 유인할 목적으로 고가의 매수주문을 하고 허수 매수·매도주문을 한 사실이 인정된다.

(나) 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 그 판시와 같은 법리를 전제로 한 후 "① 외국법인이 유상증자에 참여한다는 공시부분에 관하여 살피건대, ㉠ 공소외 6 주식회사가 유상증자를 실시한 2001.경은 국내 기업들이 소위 'IMF 외환위기'의 타개책으로 외국인의 투자를 적극 유치하여야 하는 상황에 있었고, 국내 일반투자자들은 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으며, 이에 따라 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었던 점, ㉡ 그런데 공소외 6 주식회사의 유상증자에 참여할 외국 법인들 중 일부는 피고인이 법인설립인가서를 위조하여 외국인 투자 등록증을 발급받은 법인들이었고(제1 원심판결 26쪽 <표 2>의 순번 1 내지 8 부분), 나머지 일부는 피고인이 임의로 설립한 법인들로서 별다른 사업실적이 존재하지 아니하였던 점(위 <표 2>의 순번 9, 10, 11 부분), ㉢ 위 법인들이 납입할 주금 역시 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 다시 국내로 반입한 것일 뿐 위 법인들이 실제로 주금을 납입하지는 아니하였던 점, ㉣ 이에 따라 유상증자로 발행될 신주 역시 피고인에게 실질적 그 처분권한이 부여되어 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성은 인정된다.

② 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자한다는 공시 부분에 관하여 살피건대, ㉤ 이 부분 공시는 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자하겠다는 계획을 구체적으로 밝힌 것으로서, 공시 당시 위와 같은 자금 사용계획이 존재하지 않았다면 그 공시는 허위의 공시라고 해야 할 것인데, 피고인은 유상증자로 조달한 자금으로 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 반환하거나 또는 차명 계좌에 입금하여 공소외 6 주식회사의 주식거래 대금으로 유용하였을 뿐, 공시 내용과 같은 정보통신분야, 생명공학분야, 인터넷(콘텐츠) 등의 사업에는 전혀 투자하지 아니하였던 점, ㉥ 달리 피고인이 유상증자로 조달한 자금을 위 사업 분야에 투자하려 하였다는 정황도 전혀 발견되지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성 역시 인정된다.

"고 판단하여 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(4) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지 아니한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결).

제1 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심이 공소외 2, 공소외 4의 진술을 믿어 사실을 인정한 후 위 각 증권거래법위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 범죄의 고의에 관한 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(5) 미결구금일수 미산입의 점에 대하여

미결구금은 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 피고인 또는 피의자를 구금하는 강제처분이어서 형의 집행은 아니지만, 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있는데, 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, 피고인이 범행 후 미국으로 도주하였다가 대한민국정부와 미합중국정부 간의 범죄인 인도조약에 따라 체포되어 인도절차를 밟기 위한 절차에 해당하는 기간에 불과하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도6378 판결, 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

다.

피고인의 제2 원심판결 공직선거법위반죄에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 제17대 대통령선거에서 ○○○ 후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표한 것으로서 그 죄질과 범정이 좋지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합·검토하여 보면, 비록 피고인이 한국에서 태어난 후 5세 이후 미국에서 자랐기 때문에 한국의 선거 문화에 대한 이해가 부족하였던 점, 피고인이 코넬대학, 시카고대학 등의 유수 대학을 졸업한 후 GE 캐피탈그룹, 모건스탠리 등에서 근무하던 중 한국의 경제에 이바지하고자 하는 마음으로 한국에 들어와 활동하였던 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 감안하더라도, 제2 원심이 판시 공직선거법위반죄에 대하여 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무겁다고 인정되지는 않는다.

3. 결론

따라서, 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있으므로, 이 부분에 대한 피고인과 검사(검사는 제1 원심판결에 대하여만 양형부당 항소를 하였다)의 각 양형부당 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

(1) 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해(항소이유를 보충하는 범위내에서 변호인이 제출한 변론요지서를 참고한다)

(가) 공소시효의 점

피고인은 2001. 12. 20. 미국으로 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 경영에 전혀 관여하지 않은 점, 공소외 1이 공소외 6 주식회사의 업무를 관리하지 않은 점, 피고인이 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인한 적은 없는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 형사처분을 면할 목적으로 도주하였다고 볼 수 없다.

(나) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점

제1 원심판결은 공소외 2의 진술을 믿고 피고인에 대한 사문서위조 및 위조사문서행사의 공소사실을 유죄로 인정하였으나, 공소외 2의 진술은 공소외 3에게 여권위조를 지시한 경위, 피고인이 공소외 3에게 직접 위조를 지시하였는지, 위조여권 등을 법무사 사무실에 전달한 사람이 누구였는지, 피고인이 여권과 법인설립인가서를 모두 위조하도록 지시하였는지, 여권과 법인설립인가서의 위조수법 등에 관하여 진술을 여러 차례 반복하는 점 등에 비추어 볼 때 믿을 수 없고, 피고인에게서는 여권과 법인설립인가서를 위조하도록 지시할 동기가 없으며, 이 부분 공소사실에 관하여는 공소외 2의 진술 외에 어떠한 물적 증거도 없다.

또한, 피고인은 2001. 12. 20. 출국한 이후 공소외 6 주식회사의 업무와 관련하여 국내의 직원들과 특별히 연락을 주고 받은 사실이 없고, 2001. 12. 20. 이후의 위조여권행사의 점에 대하여는 알지도 못한다.

(다) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점

① 주식매매 경위

피고인은 ◁◁◁은행을 우회상장하기 위하여 공소외 6 주식회사를 인수하기로 하면서, 인수를 위한 시간을 절약하고 인수비용을 줄이기 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 최소한 37% 정도 확보한 다음 ▽▽은행과 협상을 진행하여 공소외 6 주식회사를 인수하고, 만약 ▽▽은행이 협상을 거부하면 적대적 인수를 실행할 계획이었다.

피고인은 이러한 계획하에 공소외 6 주식회사의 주식을 은밀하게 매집한 것이다.

피고인이 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수한 이후 보유하던 주식을 매도한 것은 당초 37% 정도의 주식만을 매집한 후 ▽▽은행으로부터 10% 정도의 주식을 추가매집할 의사였는데, ▽▽은행이 20%의 주식을 매수할 것을 요구하여 부득이 20%의 주식을 추가로 매입하였고, 굳이 보유할 필요가 없는 주식은 경영권에 영향을 미치지 않는 범위 내에

서 조금씩 매도하게 된 것이며, 실제로 공소외 6 주식회사의 주식매매로 인하여 전체적으로 손실을 입었을 뿐, 결코 시세차익을 얻을 목적으로 공소외 6 주식회사를 인수한 것이 아니다.

② 가장·통정매매로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 가장·통정매매처럼 보이는 주식거래를 하게 된 것은 공소외 6 주식회사의 인수를 위하여 주식을 매입하는 과정에서 증권거래법상의 대량보유보고의무규정의 저촉을 피하면서 효과적으로 주식을 매집하는 외에 증권회사에 어느 정도 수수료 수입을 안겨주어 주식거래의 편의를 도모하며, 유상증자를 실시한 후 그 유상증자물량을 신속히 소화하기 위한 것이다.

실제 가장·통정매매가 차지하는 비율은 전체 거래기간 중의 총 거래량 1억 7,000만주 중 7.6%인 1,300만주에 불과하다.

제1 원심판결 별지 범죄일람표 (6) 가장·통정매매 내역 기재 6번의 경우 매도호가시각과 매수호가시각이 1시간 이상 차이가 나고, 매도주문과 매수주문이 7만주나 차이가 나며, 거래체결수량이 1,129주에 불과하여 통정거래라 할 수 없다.

같은 범죄일람표 기재 7, 8번은 증권거래법상의 공시규정을 피하기 위하여 주식을 분산하면서 bbkc에서 maf plc 계좌로 13만주를 매도하기로 하였다가 maf plc 계좌에 매수자금이 부족하여 다시 maf-lim 계좌로 옮긴 것에 불과하다.

같은 범죄일람표 기재 9번, 11-13번, 14-22번은 증권거래법상의 공시의무를 감수하고서라도 물량을 확보하기 위하여 주당 4,700원에 maf-lim(bbkc) 계좌를 통하여 매수한 후 maf2 ltd 계좌에 있던 41,900주를 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮기고, maf plc 계좌에 있던 19만주를 3회에 걸쳐 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮긴 것이다.

그런데 그 무렵 금융감독원에서 투자보고서 변조여부에 관한 내사가 진행되어 maf-lim, bbkc 계좌를 알리지 않기로 하고 그 무렵부터는 11-13번과 같이 maf plc에서 maf-lim(bbkc) 계좌로 옮겼던 것을 포함하여 대부분의 주식을 옵셔널벤처스인코퍼레이션으로 옮기기 시작한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 23-27번은 증권회사 수수료 수입을 올려주기 위한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 28-31번은 공소외 6 주식회사의 경영권인수 이후 불필요한 주식을 처분하면서 공시의무의 불편함을 피하기 위하여 보유물량이 아직 5%에 미치지 못한 <<<뱅크의 계좌에서 주식을 매도하기로 하고 Next Step Enterprises, Inc(이하 'Next Step'이라 한다), Zoic Financial Services Corporation(이하 'Zoic'이라 한다), bbkc(maf-lim), La Raza Investment Company(이하 'La Raza'라 한다)에서 <<<뱅크로 주식을 이전한 것이다.

같은 범죄일람표 기재 32번 이후의 거래는 유상증자에 참여했던 GE Investment Capital Partner(이하 'GE'라 한다), Rhodes Capital, Inc(이하 'Rhodes'라 한다), Prime Capital, Inc(이하 'Prime'이라 한다), McGraw Investment, Inc(이하 'McGraw'라 한다)가 배정받은 신주를 현금화하기 위하여 매도한 것이다.

③ 고가 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 <<<뱅크의 우회상장을 위하여 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 위하여 제1순위 매도가격보다 높은 가격으로 매수주문을 한 것일 뿐, 결코 주가조작을 통한 시세차익을 얻기 위하여 고가에 주식을 매집한 것이 아니다.

제1 원심판결 범죄일람표 (6) 고가매수 주문내역 기재 1번의 경우 매도 1순위 가격은 2,850원이었고, 피고인은 4,400주를 매수하려 하였는데 매도 1순위 물량이 3,002주밖에 없어서 원하는 물량을 매수하려면 매도 1순위 가격보다 높은 2,870원에 매수주문을 넣을 수밖에 없었고, 나머지 고가매수거래 역시 이와 같은 경위로 체결된 것이다.

④ 허수 매수주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 변동성이 큰 공소외 6 주식회사의 주식에 대하여 단타거래를 통하여 높은 수익을 올릴 의도로 거래를 하게 되었는데, 워낙 주가의 변동폭이 커서 하한가에 거래가 체결되는 예가 적지 않았기 때문에 일부 거래의 경우 동시호가시간대에 하한가에 근접한 가격으로 매수주문을 내기도 하였고, 이후 시황을 보아 매수주문을 취소하거나 매수가격을 정정하면서 거래를 한 것이지, 매수의사 없이 매매를 유인하기 위한 것이 아니었다.

⑤ 허수 매도주문으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 공소외 6 주식회사를 인수할 계획 하에 주식시장에서 피고인이 용이하게 공소외 6 주식회사의 주식을 매집할 수 있을 것인가를 시험해 볼 생각으로 2000. 12. 6.과 같은 달 7일, 8일 및 11일 허수 매도주문을 한 것에 불과하다.

⑥ 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

피고인이 공시한 각 회사에 대하여 신주가 배정된 것은 사실이므로, 이 점에 있어서 공시내용이 허위라고 할 수 없고, 제1 원심판결 별지 범죄일람표 (7) 기재 4번의 회사들은 실제로 적법·유효하게 존재하는 회사들로서 그 회사들이 유상증자에 참여한 이상 이 부분이 허위의 사실을 공시한 것이라고 볼 수도 없으며, 나아가 피고인은 같은 범죄일람표 (7) 기재 1번 2번 3번 회사들의 법인설립인가서가 위조된 사실을 알지 못하였으므로 허위사실을 유포한다는 고의가 있었다고 할 수 없다.

더구나 자금사용의 목적에 대한 공시내용 역시 유상증자 당시의 객관적인 상황을 기준으로 판단하여야 할 것이지, 이후 위 목적에 실제로 자금을 사용하였는지의 여부에 의하여 공시내용의 허위성이 좌우되어서는 안 되는데, 피고인은 유상증자 후 ▽은행에 대한 채무변제, 운영비, 공소외 8 주식회사사건, MAF 투자금반환요구 등의 급한 용도에 사용함에 따라 유상증자자금을 공시된 사용목적에 사용하지 못한 것이지 처음부터 공시된 내용대로 투자할 의사없이 허위로 공시한 것이 아니다.

(라) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점

피고인은 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 고의가 없다.

또한, 제1 원심판결은 피고인에 대한 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여 신빙성이 없는 공소외 2의 진술과 공소외 4의 진술을 믿고 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 잘못이 있다.

(마) 미결구금일수 미산입의 점

원심은 피고인이 미국에서 구금되어 있던 일수를 미결구금일수 산입에서 제외하는 잘못을 저질렀다.

(2) 양형부당

원심의 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

제1 원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

피고인에 대하여 제1 원심은 서울중앙지방법원 2007고합1408호로, 제2 원심은 같은 법원 2008고합606호로 각각 따로 심리를 마친 후 판결을 선고하였고, 피고인은 위 각 판결에 대하여, 검사는 제1 원심판결 유죄 부분에 대하여 각 항소를 제기하였으며, 이 법원은 피고인에 대한 각 항소사건을 병합(다만, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄는 분리)하여 심리하기로 결정하였는바, 피고인에 대한 제1 원심판결이 유죄로 인정한 각 죄와 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 의하여 경합범 가중을 한 형기의 범위 내에서 단일한 형으로 처단하여야 하므로, 피고인에 대한 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 이 점에서 파기를 면할 수 없게 되었다.

나. 피고인의 제1 원심판결에 대한 사실오인 또는 법리오해 주장에 대한 판단

피고인이 제1 원심판결에 대하여 항소이유로 내세우는 사실오인 또는 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여 보기로 한다.

(1) 공소시효의 점에 대하여

형사소송법 제253조 제3항은 범인이 형사처분을 면할 목적으로 국외에 있는 경우 그 기간 동안 공소시효는 정지된다고 규정하고 있는데, 이 때 범인의 국외체류 목적은 오로지 형사처분을 면할 목적만으로 국외체류하는 것에 한정되는 것은 아니고 범인이 가지는 여러 국외체류 목적 중 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있으면 족하다(대법원 2005. 12. 9. 선고 2005도7527 판결 등 참조).

제1 원심은 "① 피고인은 2000. 12월경부터 여러 개의 증권계좌를 이용하여 주식회사 공소외 6 주식회사 주식 거래를 해왔는데, 한국증권업협회에서는 이미 2001. 4월경 피고인의 주식거래에서 이상 징후를 발견하고 주가조종 혐의 등에 관한 조사에 착수하였던 점(수사기록 제1권 제166면), ② 한편 피고인은 1999. 4. 27. 공소외 7 주식회사를 설립하여 운영하였으나, 2001. 4월경 공소외 7 주식회사의 투자자문업 및 투자일임업 등록이 취소되었고, 이에 피고인은 그 무렵부터 공소외 7 주식회사 투자자들로부터 투자금의 반환을 요구받게 되었던 점, ③ 그러던 중 공소외 7 주식회사의 투자자 공소외 8 주식회사가 피고인을 고소함에 따라 2001. 12. 6. 검찰에 긴급체포되기도 하였던 점, ④ 이후 피고인이 공소외 8 주식회사와 합의하여 긴급체포에서 석방되기는 하였으나, 투자금 일부를 반환하지 아니하여 향후 다른 투자자로부터 추가 고소가 제기될 가능성은 여전히 존재하였던 점, ⑤ 이러한 상황에서 피고인은 디스크를 치료한다거나 연말을 보낸다는 명목으로 2001. 12. 20. 처 공소외 5와 함께 미국으로 출국하였고, 이후 한번도 자진 귀국하지 아니하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화하여 회사 업무를 지시하였

고, 2002. 1월경에는 누나 공소외 1을 국내로 보내 그 업무를 관리하도록 하였으며, 나아가 위 회사 직원 공소외 2를 홍콩으로 불러 회사 운영상황을 확인하였을 뿐만 아니라, 공소외 6 주식회사 소액 주주들이 회사에 찾아오자 사무실을 폐쇄하고 그 서류들을 옮기라고 지시하기도 하였던 점, ⑦ 이후 2002. 3월경 공소외 6 주식회사 직원들에 대한 검찰 수사가 진행되었고, 그 수사과정에서 피고인이 상당한 혐의를 받고 있었음에도, 피고인은 스스로 귀국하여 자신의 입장을 밝히는 등 범죄혐의를 벗어나기 위한 노력은 전혀 하지 아니하였던 점 등을 고려하면, 피고인의 출국에는 적어도 형사처분을 면할 목적이 포함되어 있었다고 봄이 상당하므로, 피고인에 대한 공소시효는 2001. 12. 21.경 정지되었다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이러한 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(2) 사문서위조 및 위조사문서행사의 점에 대하여

제1 원심은 그 판시와 같이, "① 이 사건 위조된 여권과 법인설립인가서는 공소외 6 주식회사의 '업무'에 관하여 사용된 것인데, 회사 직원에 불과한 공소외 2가 피고인의 지시 없이 임의로 이를 위조·행사한다는 것은 쉽게 납득되지 아니하는 점, ② 피고인은 공소외 2에게 법인설립을 지시하였으면서도, 서비스 컴퍼니를 통한 법인 설립 비용은 이를 지불하지 아니하였고, 이후 법인 설립과정을 확인하지도 아니한 것으로 보이는 점, ③ 한편 공소외 2는 2002. 3.경 이래 이 법원에 이르기까지 피고인의 지시에 의하여 이 사건 여권과 법인설립인가서를 위조하였다고 일관하여 진술하고 있는바, 공소외 2는 이 부분 범행으로 이미 징역형을 선고받아 그 집행을 마친 자로서 위와 같은 공소외 2의 진술에 허위가 개입하였을 만한 별다른 정황도 엿보이지 아니하는 점, ④ 또한 공소외 2는 공소외 3으로 하여금 이 사건 여권의 위조를 다시 지시하였는데, 공소외 3은 공소외 2의 지시로 이 사건 여권을 위조하고 있을 당시 피고인의 처 공소외 5가 전화하여 '급히 써야 하니 공소외 2가 시킨 일을 빨리 처리해 달라'고 말했다고 진술하고 있는 점, ⑤ 피고인은 미국으로 출국한 이후에도 공소외 6 주식회사 직원들에게 전화로 업무를 지시해왔고, 2002. 1.경에는 공소외 1을 공소외 6 주식회사 사무실로 보내는 등 회사 업무를 계속 총괄하였던 점, ⑥ 더욱이 피고인은 위조문서로 설립된 법인 명의의 계좌로 주식을 거래하거나 자금을 거래해 왔는데, 이후 그로 인한 이익 대부분이 피고인에게 귀속되었던 점 등을 고려하면, 이 사건 여권과 법인설립인가서는 모두 피고인의 지시에 의하여 위조·행사된 것으로 봄이 상당하다.

"고 판단하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 이와 같은 사실인정과 판단은 정당하고(공소외 2의 수사기관 및 제1 원심법정에서의 진술은 피고인으로부터 여권을 위조하라는 지시를 받고 포토샵 작업을 할 수 있는 공소외 3에게 다시 지시를 하였고, 법인설립인가서는 자신이 직접 위조하였거나 다른 직원을 시켜 위조를 하였다는 취지로서 그 전체적인 진술에 일관성이 없거나, 모순점이 있다고 할 수 없다), 거기에 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

(3) 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

(가) 가장·통정매매, 고가 매수주문, 허위 매수·매도 주문으로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 "㉠ 피고인은 무려 38개의 증권계좌를 통하여 주식거래를 해왔음에도 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 주식만을 거래하였을 뿐 그 외의 다른 주식은 거의 거래하지 아니하였던 점, ㉡ ∇∇은행은 공소외 6 주식회사의 인수가격을 주당 4,500원 내지 4,600원으로 예상하고 있었고, 캐피탈㉢에서는 2000. 12.경 실제 그 정도 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하려 하였으므로, 피고인으로서 2000. 12.경 위와 같은 가격으로 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수할 수 있었음에도 불구하고, 2000. 12. 6.경부터 비정상적인 거래를 함으로써 2000. 12. 초경 2,300원이던 주가를 2001. 1. 말경 7,000원 상당으로 상승시켰고, 그 후에야 비로소 ∇∇은행측에 공소외 6 주식회사의 인수 제의를 하였는데, 그 무렵 피고인은 약 140만 6,476주(총 발행주식 384만 주의 약 37.1%)의 주식을 보유하고 있어 ∇∇은행보다 많은 주식을 보유하고 있었던 점, ㉣ 피고인은, 주식 매집 과정에서 주가가 상승한 것일 뿐 주가 조종행위는 하지 아니하였고, 경영권 인수를 위해 주식을 매집하고 있던 피고인이 인위적으로 주가를 부양한다는 것은 있을 수 없는 일이라고 주장하나, 피고인은 2001. 1. 11.경 공소외 6 주식회사의 주식 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 이미 확보하고 있었던 반면, 2001. 2. 26. ∇∇은행으로부터 취득한 주식은 76만 주(총 발행주식의 약 20%)에 불과하였으므로, 피고인으로서 주가 상승으로 인한 인수가격 부담보다는 이미 확보한 지분에 대한 가격 상승이 더 큰 이익으로 작용하였을 것으로 보이고, 실제 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 30.경부터 지속적으로 주식을 매각하였으며, 이후 5차례에 걸친 유상증자로 취득한 주식도 계속하여 순차 매각하였던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉤ 피고인은 시세조종기간 동안 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위하여 주식을 대량 매입하였고, 경영권 인수 이후에는 총 5회에 걸쳐 유상증자를 실시하였던바, 피고인으로서 경영권 인수를 위한 주식의 매집 단계에서는 저가에 주식을 매집하기 위하여 주가를 하락시킬 필요성이 있었던 반면, 유상증자 단계에서는 그로 인한 이익을 유지하기 위하여 주가를 하락시키지 않아야 할 필요성이 있었던 점, ㉥ 이 사건 <허수매도 주문내역>상의 주문은 피고인이 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하는 기간(2000. 12. 6. ~ 2000. 12. 11.)에 이루어졌는데, 주식을 매집하고 있던 피고인이 위 주식에 대한 매도주문을 낸다는 것을 쉽게 납득되지 아니할 뿐 아니라, 2000. 12. 8. 08:56:58경부터 09:44:46경까지 사이에 매도1호가 대비 310원에서 160원 높은 2,940원에 11회에 걸쳐 36,000주를 매도주문 하였으나, 주가가 2,900원까지 상승하자 위 매도주문을 모두 취소하여 한 주도 계약 체결되지 아니하도록 하였던 것에 비추어 볼 때, 위와 같은 매도 주문은 주식 매집과정에 있던 피고인이 인위적으로 주가를 하락시키기 위한 것으로 보이는 점, ㉦ 한편 이 사건 시세조종행위 당시는 소위 'IMF 외환위기' 직후로서 국내 일반투자자들이 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으므로, 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었음에도, 피고인은 공소외 6 주식회사의 경영권을 인수하기 이전인 2001. 1. 17.경 외국계 회사인 MAF Limited와 Optional Ventures, Inc가 경영참가를 목적으로 공소외 6 주식회사의 주식을 인수하였다고 공시함으로써 주가 상승요인을 스스로 제공하기도 하였던바, 위와 같은 공시는 이미 확보한 주식의 가격을 인위적으로 부양하기 위한 것으로 보일 뿐 아니라, 실제 위 공시 이후 주가가 급등하기도 하였던 점(수사기록 제1권 제181, 182면, 수사기록 제11권 제5780면), ㉧ 피고인은 2001. 1. 17. 종가결정을 위한 동시호가 시간대인 14:52:04경 직전가 대비 1,040원 높은 가격인 6,040원에 3,000주를 고가 매수하는 등 2000. 12. 12.경부터 2001. 4. 27.경까지 총 31회에 걸쳐 <고가매수 주문내역>과 같은 매수주문을 하였는데, ∇∇은행으로부터 공소외 6 주식회사의 주식 76만 주를 인수하여 경영권을 취득한 이후에도 계속하여 고가매수 주문을 하였던 점, ㉨ 이 사건 <허수매수 주문내역>과 같은 주문은 2001. 2. 13.경부터 2001. 11. 30.경까지

이루어졌는데, 피고인은 2001. 7. 4. 08:56:33경 전일종가 및 직전가대비 400원 내지 440원 낮은 3,230원에 12만 주의 매수주문을 내었다가 같은 날 다른 계좌를 이용하여 직전가대비 110원 낮은 3,490원에 20만 주를 매수주문하여 매수 잔량을 쌓은 후, 11:32:04 내지 11:32:16경 위 12만 주를 주문을 취소하고, 14:25:29경 주가가 3,600원에서 3,580원으로 하락하여 체결가능성이 높아지자 위 주문을 3,450원으로 낮게 매수가격을 정정하였고, 위와 같은 매수 주문의 취소 및 정정행위를 반복하였던 점, ㉠ 이 사건 <가장·통정매매 주문내역>과 같은 주문은 시가조종기간 전반에 걸쳐 이루어졌고, 특히 시가 또는 종가결정을 위한 시간대에 집중적으로 이루어졌던 점, ㉡ 피고인은 2000. 12. 5.경부터 공소외 6 주식회사의 주식을 매집하기 시작하여 2001. 1. 11.경에는 이미 1,209,950주(총 발행주식 384만 주의 31.5%)를 보유하고 있었고, 2. 26.경 ▽▽은행으로부터 76만 주(총 발행주식의 약 20%)를 추가로 매입하였으며, 2001. 10. 5.에는 10,721,743주(당시 총 발행주식 1,654만 주의 약 64.8%)를 보유하기도 하는 등 공소외 6 주식회사 주식에 대한 상당한 영향력을 가지고 있었던 점(수사기록 제1권 제108면 이하), ㉢ 공소외 6 주식회사의 총 발행 주식수는 시세조정기간 동안 384만주에서 1,654만주로 증가하였는데, 피고인은 위 기간 중 총 63,579,315주에 대한 매수 또는 매도 주문을 하여, 16,068,217주를 매수하고 21,321,529주를 매도하였던 점, ㉣ 피고인의 공소외 6 주식회사 주식에 대한 시세조종기간 평균 시세관여율은 16.6%에 달하였고, 2001. 7. 6.에는 52.92%의 시세관여율을 보이기도 하였던 점(수사기록 제1권 제126면), ㉤ 위와 같은 피고인의 주식거래로 인하여 2000. 12. 5.에 2,350원이던 공소외 6 주식회사의 주가는 2001. 2. 1. 8,130원으로 상승하여 245.9% 상승하였고, 이후 대규모 유상증자에 따른 등락을 반복하다가 시세조정행위가 끝날 무렵인 2001. 11. 30.경에는 2,720원 정도에 머물렀던 점, ㉥ 피고인은 시세조종기간 동안 자사주인 공소외 6 주식회사의 주식매매 업무만을 수행하였을 뿐, 본래의 업무인 창업투자지원업무는 전혀 하지 아니하였던 점 등을 종합적으로 고려하면, 피고인에게는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'과 '매매거래를 유인할 목적'이 있었다고 봄이 상당하다.

가사 피고인에게 공소외 6 주식회사의 경영권 인수를 위한 목적이 있었다하더라도 이와 함께 공소외 6 주식회사의 주가를 인위적으로 부양하려는 목적 또한 있었던 것으로 인정되는 이상 피고인의 행위가 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 위반행위에 해당함에는 아무런 영향이 없다.

"고 판단하였다.

제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 살피건대, 원심이 열거한 위의 여러 점에다가, 가장·통정매매에 의한 시세조종행위에서 같은 가격과 시기를 요구하는 것은 매매의 성립을 위한 것이므로 매매가 성립되는 한 구체적인 주문의 시기와 가격에 다소 차이가 있더라도 시세조종행위가 성립하는 점, 공소외 6 주식회사의 주식 13만주가 bbkc 계좌에서 maf plc 계좌를 거쳐 maf-lim 계좌로 이전한다고 하면서도 매매가격을 지속적으로 상승시키고 있는 점, maf plc 계좌나 maf2 ltd 계좌에는 잔고가 얼마 없어 증권거래법상의 공시의무대상이라고 보기 어려운 점(증거기록 9363쪽), bbkc 계좌는 피고인이 이미 2001. 1. 17. MAF Ltd에서 공소외 6 주식회사의 주식을 투자목적으로 인수했다고 공시를 하였기 때문에 2001. 1. 19.경에는 증권거래법상의 공시의무의 부담을 염려할 이유가 없는 점, 금융감독원에서 피고인에 대한 투자보고서 변조여부에 대한 조사를 시작하게 된 때는 2001. 2월경부터이므로 같은 범죄일람표 11-13번 거래 당시에 피고인이 주식을 옮길 이유가 없는 점 등을 종합하여 고려하여 보면, 피고인은 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 가장·통

정매매를 한 사실이 인정되므로, 제1 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 당심의 LG 투자증권, 우리투자증권에 대한 사실조회결과는 위 인정에 방해되지 아니하며, 달리 제1 원심판결에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법은 없다.

또, 제1 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 밝힌 여러 사정에다가, 매도 1순위 가격으로 원하는 매수수량의 일부라도 우선 매수하고 더 높은 가격의 매도 2순위 가격으로 나머지 주식을 매수하는 방법을 쓰지 않고 처음부터 높은 가격으로 주식을 매수한다는 것은 일반의 경험칙상 비합리적인 점, 더구나 피고인이 굳이 높은 가격에 주식을 매수한 것은 원하는 물량을 빨리 매수하는데 목적이 있던 것으로 보이는데, 그렇게라도 매수한 이후 특별한 사용목적이 있던 것으로는 보이지 않는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인에게 거래가 성황을 이루고 있는 것처럼 보이게 하거나 매매거래를 유인할 목적으로 고가의 매수주문을 하고 허수 매수·매도주문을 한 사실이 인정된다.

(나) 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점

제1 원심은 그 판시와 같은 법리를 전제로 한 후 "① 외국법인이 유상증자에 참여한다는 공시부분에 관하여 살피건대, ㉠ 공소외 6 주식회사가 유상증자를 실시한 2001.경은 국내 기업들이 소위 'IMF 외환위기'의 타개책으로 외국인의 투자를 적극 유치하여야 하는 상황에 있었고, 국내 일반투자자들은 외국인의 특정 기업에 대한 투자를 호재성 정보로 인식하고 있던 시기였으며, 이에 따라 외국인들이 특정 기업에 투자하면 그 기업의 주가가 상승하는 경향이 있었던 점, ㉡ 그런데 공소외 6 주식회사의 유상증자에 참여할 외국 법인들 중 일부는 피고인이 법인설립인가서를 위조하여 외국인 투자 등록증을 발급받은 법인들이었고(제1 원심판결 26쪽 <표 2>의 순번 1 내지 8 부분), 나머지 일부는 피고인이 임의로 설립한 법인들로서 별다른 사업실적이 존재하지 아니하였던 점(위 <표 2>의 순번 9, 10, 11 부분), ㉢ 위 법인들이 납입할 주금 역시 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 다시 국내로 반입한 것일 뿐 위 법인들이 실제로 주금을 납입하지는 아니하였던 점, ㉣ 이에 따라 유상증자로 발행될 신주 역시 피고인에게 실질적 그 처분권한이 부여되어 있었던 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성은 인정된다.

② 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자한다는 공시 부분에 관하여 살피건대, ㉤ 이 부분 공시는 유상증자로 조달한 자금을 특정사업에 투자하겠다는 계획을 구체적으로 밝힌 것으로서, 공시 당시 위와 같은 자금 사용계획이 존재하지 않았다면 그 공시는 허위의 공시라고 해야 할 것인데, 피고인은 유상증자로 조달한 자금으로 공소외 7 주식회사와 MAF 펀드의 투자금을 반환하거나 또는 차명 계좌에 입금하여 공소외 6 주식회사의 주식거래 대금으로 유용하였을 뿐, 공시 내용과 같은 정보통신분야, 생명공학분야, 인터넷(콘텐츠) 등의 사업에는 전혀 투자하지 아니하였던 점, ㉥ 달리 피고인이 유상증자로 조달한 자금을 위 사업 분야에 투자하려 하였다는 정황도 전혀 발견되지 아니하는 점 등에 비추어 볼 때, 이 부분 공시의 허위성 역시 인정된다.

"고 판단하여 허위사실 유포로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(4) 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여

형법상 범의가 있다 함은 자기가 의도한 바 행위에 의하여 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 그 결과발생을 희망함을 요하지 아니한다(대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결).

제1 원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인에 대한 주식소유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 주식대량보유상황 변동내용 보고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점, 분기보고서 허위기재로 인한 증권거래법위반의 점 및 상장법인 등의 신고의무위반으로 인한 증권거래법위반의 점을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 의하여 살펴보면, 제1 원심이 공소외 2, 공소외 4의 진술을 믿어 사실을 인정한 후 위 각 증권거래법위반의 점을 유죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 범죄의 고의에 관한 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법은 없다.

(5) 미결구금일수 미산입의 점에 대하여

미결구금은 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 피고인 또는 피의자를 구금하는 강제처분이어서 형의 집행은 아니지만, 자유를 박탈하는 점이 자유형과 유사하기 때문에 형법 제57조는 인권보호의 관점에서 미결구금일수의 전부 또는 일부를 본형에 산입한다고 규정하고 있는데, 피고인이 미결구금일수로서 본형에의 산입을 요구하는 일수는 공소의 목적을 달성하기 위하여 어쩔 수 없이 이루어진 강제처분기간이 아니라, 피고인이 범행 후 미국으로 도주하였다가 대한민국정부와 미합중국정부 간의 범죄인 인도조약에 따라 체포되어 인도절차를 밟기 위한 절차에 해당하는 기간에 불과하여 본형에 산입될 미결구금일수에 해당한다고 볼 수 없다(대법원 2003. 3. 25. 선고 2002도6378 판결, 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결).

다.

피고인의 제2 원심판결 공직선거법위반죄에 대한 양형부당 주장에 대한 판단

피고인은 제17대 대통령선거에서 ○○○ 후보자를 당선되지 못하게 할 목적으로 허위사실을 공표한 것으로서 그 죄질과 범정이 좋지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 종합·검토하여 보면, 비록 피고인이 한국에서 태어난 후 5세 이후 미국에서 자랐기 때문에 한국의 선거 문화에 대한 이해가 부족하였던 점, 피고인이 코넬대학, 시카고대학 등의 우수 대학을 졸업한 후 GE 캐피탈그룹, 모건스탠리 등에서 근무하던 중 한국의 경제에 이바지하고자 하는 마음으로 한국에 들어와 활동하였던 점, 피고인이 자신의 잘못을 반성하고 있는 점 등을 감안하더라도, 제2 원심이 판시 공직선거법위반죄에 대하여 피고인에게 선고한 형은 적정하고 너무 무겁다고 인정되지는 않는다.

3. 결론

따라서, 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분은 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있으므로, 이 부분에 대한 피고인과 검사(검사는 제1 원심판결에 대하여만 양형부당 항소를 하였다)의 각 양형부당 항소이유에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 제1 원심판결 중 유죄 부분 및 제2 원심판결 중 위조사문서행사죄 부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

한편, 제2 원심판결 중 공직선거법위반죄에 대한 피고인의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

