

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(인정된죄명업무상배임)

·업무상배임·증권거래법위반·주식회사의외부감사에관한법률위반

[서울고등법원 2008. 11. 13. 2008노1296]



【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 2인

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 임무영외 1인

【변 호 인】 법무법인 총정, 담당변호사 신명균외 6인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2005. 2. 7. 선고 2004고합564 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2, 피고인 3을 각 징역 2년에 각 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 피고인 1에 대하여는 4년간, 피고인 2, 피고인 3에 대하여는 각 3년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

피고인들에게 각 200시간의 사회봉사를 명한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적절한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적절한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무 위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동을 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제 3자의 재산상 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적정한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적정한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동을 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과와는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로써 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관

적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

돌이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적정한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적정한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무 위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동을 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는

보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고,

무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분에까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적절한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적절한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동은 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본

인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의

공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통

하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적정한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적정한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동을 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무

렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로써 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이익의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로

통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분에까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상 배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적정한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적정한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써

공소외 1 회사에 위 주식의 적정한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로 하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동은 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득

및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금 융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서 하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다름없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평

가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분에까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론

을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인들

(1) 원심 판시 제1항 부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

원심은 이 부분 공소사실에 관하여 유죄로 인정하였으나, ① 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다)가 보유하고 있던 공소외 2 주식회사(이하 '공소외 2 회사'라고 한다)의 주식 매도 당시 공소외 2 회사는 자본잠식 상태로 순자산가액이 마이너스 74억 원에 이르는 등으로 공소외 2 회사의 자산가치와 미래가치가 전혀 없었기 때문에 이 사건 공소외 2 회사의 주식 매도가격을 주당 1원으로 정한 것은 적절한 주식가치 평가에 근거한 것이고, 달리 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도로 인하여 공소외 1 회사에 손해가 발생하였다는 점에 관한 증거가 없고, ② 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도한 것은 공소외 1 회사가 법률상의 출자총액제한 유예기간 종료일이 다가옴에 따른 것으로 공소외 1 회사의 ○○골프장 시공권을 그대로 유지하며, 공소외 2 회사에 대한 추가 유상증자 참여 부담을 면하기 위하여 한 경영상의 판단에 의한 것이므로, 피고인들은 본인인 공소외 1 회사의 이익을 위한다는 의사가 있었을 뿐 배임의 고의는 없었으며, ③ 피고인들은 당초 이 사건 공소외 2 회사 주식을 △△그룹 계열사들에게만 매도하려고 하였는데, 출자총액초과 해소시한이 임박한 상태에서 피고인 2, 피고인 3이 △△그룹 금융계열사들에게 매수하기로 예정되었던 주식 255,000주를 법률상의 제한에 의하여 매도할 수 없는 사정을 알게 되어, 피고인 1과 상의 없이 임의로 위 주식을 피고인 1에게 매도하고 이를 사후에 피고인 1에 보고한 것이므로, 피고인 1은 적어도 위 주식 매도분에 관하여는 이 사건 범행에 공모가담한 것이 아니라고 할 것임에도, 원심은 사실을 오인하거나 업무상 배임의 점 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

원심이 피고인들에게 각 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 원심의 무죄부분에 대한 사실오인 내지 법리오해 주장

피고인들은, ① 2000. 12. 5. 공소외 1 회사가 보유하고 있던 자사주 7,633,825주를 피고인 1에게 한국증권거래소 전일 종가인 주당 2,270원에 매도하였는데, 피고인들은 다양한 방법으로 위 주식의 가치를 평가하여 실질적인 흥정을 통하여 공소외 1 회사에 가장 이익이 되도록 위 주식의 거래가격을 정하였어야 함에도 불구하고, 피고인 1로 하여금 위 주식을 취득하여 공소외 1 회사에 대한 경영권을 취득하거나 그에 대한 지배권을 확고하게 할 수 있도록 적절한 경영권 프리미엄을 가산하지도 않은 채 취득가액에도 미치지 않는 현저히 낮은 가격으로 위 주식을 매도함으로써 공소외 1 회사에 위 주식의 적절한 거래가격과의 차액에 상당하는 손해를 가하였고, ② 피고인 1에게 자사주를 매도함에 있어 위와 같이 실질적인 흥정 과정 없이 현저히 낮은 가격으로 거래가격을 정하였을 뿐 아니라, 자사주 매도 이전에 적법한 이사회가 개최되지도 않았고, 당시 최대주주이던 공소외 5 회사가 보유하고 있던 공소외 1 회사의 주식이 상호출자주식으로 그 의결권이 제한될 것이 예상되었으며, 대금지급 방법을 정함에 있어서도 피고인 1로

하여금 거래대금의 10%만을 지급하고 나머지 대금은 2년에 걸쳐 지급하도록 하였고, 자사주 매도 후 비정상적으로 공소외 1 회사의 배당률을 높임으로써 피고인 1이 고액의 배당을 받아 이를 가지고 나머지 매도대금을 지급하도록 도와주었으며, 당시 △△그룹과 ◎◎은행과 사이에 체결한 재무구조개선약정에 의하더라도 공소외 1 회사가 자사주 매도를 통하여 시급히 부채비율을 감소시켜야 할 필요가 없었던바, 이러한 제반 사정에 비추어 볼 때 피고인들의 행위는 경영상의 필요에 의한 정상적인 거래가 아니라 대주주인 피고인 1의 이익을 위하여 한 것에 불과하여 임무위배행위에 해당하며 배임의 고의도 있었다고 보아야 하고, ③ 나아가 피고인들의 이 사건 범행으로 인한 손해액을 산정함에 있어서는, 이 사건 주식 거래는 경영권의 변동을 가져올 수 있는 이례적인 거래로서 그 시가가 불분명한 경우이므로 구 상속세 및 증여세법에서 정한 평균액 내지는 최소한 이 사건 주식거래 전일 종가에 100분의 30일을 할증한 가액과 피고인 1이 실제 거래한 차액 상당액을 손해액으로 인정할 수 있음에도, 피고인들에 대한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분을 모두 무죄로 판단한 원심은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 양형부당 주장

이 사건 당시에 피고인 1은 주식시장을 무시하고, 공정경쟁을 저해하는 방법으로 자신의 상장회사에 대한 지배권을 확고히 하였으며, 피고인들은 잘못을 뉘우치지 않고 객관적인 자료의 내용도 부인함과 아울러 관련자들로 하여금 허위진술을 하도록 유도하는 등의 사정을 고려한다면, 원심이 피고인들에게 각 선고한 형량은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 항소이유에 대한 판단

가. 원심 판시 제1항에 관한 피고인들의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

(1) 이 사건 공소외 2 회사 주식 거래로 인한 공소외 1 회사의 손해 발생 여부

비상장주식을 거래한 경우에 있어서 그 시가는 그에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 할 것이나, 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심이 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 공소외 2 회사 주식에 관하여는 이 사건 주식매매 당시 그 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 거래 실례가 없었던 사실, 공소외 1 회사가 유일한 주주였던 공소외 2 회사는 충북 ○○군(이하 생략) 외 167필지의 토지 2,653,704㎡(약 80만 평)를 보유한 비상장 법인으로서 골프장 건설에 필요한 인·허가를 취득하고 그곳에서 토목공사와 조경공사를 진행 중이었던 사실, 이 사건 공소외 2 회사 주식 매매 무렵 피고인들의 의뢰에 따라 △△감정평가법인이 위 부동산 가치를 평가하여 산정한 공소외 2 회사의 자산은 47,268,178,133원, 부채는 47,786,327,780원으로서 순부채 규모가 518,149,647원 정도였던 사실, 위와 같은 공소외 2 회사의 재무상태는 골프장 건설사업이 현실적으로 회원권이 분양될 때까지는 수입을 기대할 수 없고 토지 취득 및 건설에 필요한 비용만 지출될 수밖에 없었던 데에 기인하는 것으로, 피고인들과 공소외 1 회사 임직원들은 물론 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들도 공소외 2 회사가 향후 정상적으로 골프장 건설 및 운영사업을 영위하게 되는 경우 수익을 실현할 수 있을 것으로 예상하고 있었던 사실, 공소외 1 회사는 공소외 2 회사가 제2금융권으로부터 어음을 담보로 한 신용대출이나 어음할인형식으로 대출받을 때 공소외 2 회사가 제출한 어음에 배서

하는 방식으로 458억 5,000만 원 상당의 보증을 제공하였음에도 불구하고, 공소외 1 회사의 대표이사 혹은 부사장이었던 피고인들은 위 보증채무는 공소외 1 회사가 그대로 부담한 채로 2003. 6. 23.경 공소외 1 회사가 보유한 공소외 2 회사 주식 101만 주 전부를 주당 1원으로 계산하여 합계 101만 원에 피고인 1 및 △△그룹 계열사에 매도한 사실을 각 인정할 수 있다.

사실관계가 이러하다면, 비록 위 △△감정평가법인의 평가에 의하면 공소외 2 회사의 재무상태는 부채가 자산을 근소하게 초과한 상태였으나, 위 감정결과는 공소외 2 회사가 보유한 부동산 평가에 국한된 것이어서 공소외 2 회사의 기업가치를 제대로 반영하였다고 보기 어렵고, 설령 공소외 2 회사가 채무 초과 상태였다고 하더라도 그러한 재무상태는 회원권이 분양되기 전에는 수입을 기대할 수 없는 골프장 사업의 특성에 비추어 당연하므로, 골프장 건설 및 운영에 관한 사업계획의 실현 여하에 따라서는 수익을 내어 기업의 가치가 상승할 가능성이 충분히 있었다고 할 것임에도, 피고인 1과 △△그룹 계열사들이 주식 양도대금으로 지급한 대금은 무상 증여나 다른 없는 주당 1원에 불과하여 장래 공소외 2 회사를 청산하는 사태가 발생할 경우에도 주주 유한책임의 원칙상 부담하는 주당 1원씩의 극히 미소한 위험을 떠안는 것에 불과한 반면, 공소외 1 회사로서는 위와 같은 수익 가능성에 상당하는 위 주식의 내재적 가치를 포기함과 동시에 공소외 2 회사에 대한 보증을 그대로 유지함으로써 말미암아 약 500억 원에 이르는 신용위험만을 부담하는 결과가 되었다 할 것이므로, 앞서 본 법리에 의할 때, 피고인들은 이 사건 공소외 2 회사 주식을 그 적정한 객관적 교환가치보다 현저하게 낮은 가격으로 매도함으로써 공소외 1 회사에 그 주식의 적정한 거래가격과의 차액 상당에 해당하는 손해를 가하였다고 할 것이다.

(2) 피고인들에게 배임의 고의가 있었는지 여부

업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합되어 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이며, 만약 그 행위의 결과가 일부 본인을 위한 측면이 있다 하더라도 본인의 이익을 위한다는 의사는 부수적인 것일 뿐이고 이득 또는 가해의 의사가 주된 것이 판명되면 배임죄의 고의를 부정할 수 없다(대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결 등 참조).

둘이켜 이 사건에 관하여 보건대, 원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 이 사건 공소외 2 회사의 매수인인 피고인들이 공소외 2 회사 주식의 매도가격을 결정하여 매도인인 △△그룹 해당 계열사들에게 이를 일방적으로 통보하였을 뿐, 그 과정에서 매매 당사자들 사이에 매수가격에 관한 아무런 논의조차 없었던 사실, 앞서 본 △△감정평가법인의 공소외 2 회사에 관한 감정은, 피고인들이 거래가격의 적정성에 관한 평가를 하였다는 외관을 갖추기 위하여 주식 매도 당일인 2003. 6. 23. 의뢰한 것으로 담당 감정평가사에게 그 자산가치 평가액을 일정액 이하로 평가해 달라고 주문하였으며, 실제로 △△감정평가법인으로부터 6. 26.에야 감정서를 송부받았으면서도 감정서 작성 일자를 주식 매도 전인 2003. 6. 21.자로 소급하여 기재하도록 요구한 사실, 이 사건 공소외 2 회사 매도에 관한 이사회 의사록 기재에 의하면 공소외 1 회사의 이사 중 피고인 2와 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7 등이 이사회에 참석하여 안건에 대하여 찬성한 것으로 기재되어 있으나 실제로는 이사회가 개최되지 아니한 사실 등을 인정

할 수 있는데, 위 인정사실에 의하면, 피고인들이 이 사건 공소외 2 회사 주식을 매도함에 있어 본인인 공소외 1 회사를 위한다는 의사는 부수적일 뿐, 피고인 1 개인 및 공소외 2 회사 주식을 매수한 △△그룹 계열사들에게 이득을 주고 공소외 1 회사로 하여금 손해를 감수케 한다는 의사가 주된 것이라고 보아 피고인들의 임무위배행위 및 배임의 고의가 인정된다고 할 것이다.

(3) 피고인 1의 이 사건 범행에 대한 공모 인정 여부

원심에서 적법하게 조사·채택한 여러 증거에 의하면, 피고인 1이 2003. 5. 말경이나 2003. 6. 중순경 피고인 2, 피고인 3으로부터 공소외 1 회사가 소유하는 공소외 2 회사 주식을 매도하여야 하는데 그 매도방안으로 피고인 1에게 그 주식 100%를 양도하는 것을 포함한 네 가지 방안이 있다는 것을 보고받은 사실, 피고인 1이 그 무렵 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하기도 하였고, 공소외 3 회사에 공소외 2 회사의 주식을 이전해 놓도록 직·간접적으로 지시하는 등 평소 공소외 2 회사의 소유구조에 깊은 관심을 가지고 있었던 사실, 공소외 9는 검찰에서 피고인 1이 수년 동안 골프장 사업을 진행해 오면서 기여한 공로에 대한 보답으로 피고인 1에게 255,000주를 매도한 것이라고 진술한 사실, 피고인 1은 이 사건 공소외 2 회사 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 아주 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실을 인정할 수 있는바, 피고인 1이 평소 공소외 2 회사를 통한 골프장 사업에 각별한 관심을 가지고 있었고, 공소외 2 회사의 소유구조에도 깊은 관심을 가지고 있었으며, 매매 당시까지 공소외 2 회사에 관한 회의를 주재하였고, 주식 매도 후에도 골프장 건설에 대하여 깊숙이 관여하면서 세밀한 부분까지 직접 지시를 하고 의사결정을 한 사실 등에 비추어 보면, 이 부분 범행에 대한 피고인 1의 공모 사실도 인정된다고 할 것이다.

따라서, 피고인들의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 모두 이유 없다.

나. 직권 판단

피고인들의 나머지 항소이유 및 검사의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 환송 전 당심에 이르러 적법한 절차를 거쳐 이 사건 공소사실 중 원심이 무죄로 판단한 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분의 일부 공소사실을 변경하는 내용의 공소장변경신청을 하여 환송 전 당심에서 이를 허가함으로써 이 부분에 대한 심판의 대상이 달라졌으므로, 원심판결 중 무죄부분에 해당하는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분과 그에 대한 예비적 공소사실인 업무상배임 부분은 더 이상 유지될 수 없다.

3. 결론

따라서, 원심판결 중 무죄부분은 파기되어야 할 것인바, 이는 아래에서 인정하는 바와 같이 예비적 공소사실인 업무상배임죄를 유죄로 인정하는 이상 원심판결의 유죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 피고인들에 대하여 하나의 형이 선고되어야 할 것이므로 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 전부를 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하기로 한다.