

증권 거래법 위반·특정 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위반(조
세)·특정 경제 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위반(횡령)·
특정 경제 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위반(배임)[피고인
2에 대하여 일부 인정된 죄명:업무상 배임, 피고인3에 대하
여 인정된 죄명:특정 경제 범죄 가중 처벌등에 관한 법률 위
반(배임)방조]·업무상 배임



[대법원 2011. 7. 28. 2008도5399]

【판시사항】

- [1] 구 증권거래법상 주식 등의 대량보유상황 보고의무가 있는 '보유자'의 의미 및 주식 등의 매수인이 같은 법 시행령 제10조의4 제2호에서 정한 보유자가 되는 시기(=매수인의 지위를 취득하는 때)
- [2] 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 그 이익의 산정 방법
- [3] 피고인이 주식 매매와 관련하여 허위·부실 표시 문서를 이용한 불공정거래행위를 하였다고 하여 구 증권거래법 위반으로 기소된 사안에서, 차명주식의 장외거래에서 생긴 차익이 불공정거래행위로 얻은 이익에 포함된다고 본 원심판단에 같은 법 제207조의2, 제214조에서 정한 '위반행위로 인한 이익'에 관한 법리오해의 위법이 있다고 한 사례
- [4] 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이익을 얻을 목적으로 또는 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻을 목적으로 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호, 제2호의 불공정거래행위를 반복한 경우의 죄수(=포괄일죄)
- [5] 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률상 임의적 몰수·추징 대상인 '구 증권거래법 제207조의2 위반죄로 인한 불법수익'의 의미
- [6] 피고인들이 주식 매매와 관련하여 허위·부실 표시 문서를 이용한 불공정거래행위를 하였다는 내용의 구 증권거래법 위반죄가 유죄로 인정된 사안에서, 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 의한 몰수 또는 추징 대상인 이익은 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 것에 한정된다는 전제에서 불공정거래행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익이 얼마인지를 특정할 수 있는 아무런 자료가 없다는 이유만으로 추징을 선고하지 아니한 원심판단에 법리오해의 위법이 있다고 한 사례

【참조조문】

- [1] 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제21조 제1항(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제133조 제3항 참조), 제200조의2 제1항(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제147조 제1항 참조), 구 증권거래법 시행령(2008. 7. 29. 대통령령 제20947호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 부칙 제2조로 폐지) 제10조의4 제2호(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 제142조 제2호 참조)

- [2] 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제207조의2(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 참조), 제214조(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제447조 참조), 형사소송법 제308조
- [3] 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제188조의4 제4항 제2호(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제2호 참조), 제207조의2 제1항 제2호, 제2항(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항 제8호, 제2항 참조), 제214조(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제447조 참조)
- [4] 형법 제37조, 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제188조의4 제4항 제1호, 제2호(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2호 참조), 제207조의2 제1항 제2호, 제2항(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항 제8호, 제2항 참조)
- [5] 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8719호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 [별표] 제16호(현행 제2조 제1호 [별표] 제10호 참조), 제2호 (가)목, 제8조, 제10조, 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제207조의2(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 참조)
- [6] 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8719호로 개정되기 전의 것) 제2조 제1호 [별표] 제16호(현행 제2조 제1호 [별표] 제10호 참조), 제2호 (가)목, 제8조, 제10조, 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지) 제188조의4 제4항 제2호(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제2호 참조), 제207조의2 제1항 제2호, 제2항(현행 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제443조 제1항 제8호, 제2항 참조)

【참조판례】

- [2]
- [4] 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결(공2011상, 156) /
- [2]
- [5] 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결(공2009하, 1374), 대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도13890 판결(공2010상, 954) /
- [4] 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100), 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159), 대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도630 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

【변 호 인】 법무법인 충정 외 2인

【원심판결】 서울고법 2008. 6. 4. 선고 2008노145 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1, 2, 4에 대한 유죄 부분과 피고인 1, 2에 대한 무죄 부분 중 허위·부실 표시 문서 이용 불공정거래로 인한 증권거래법 위반의 점에 대한 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 피고인 3의 상고와 검사의 피고인 3, 4에 대한 상고, 피고인 2에 대한 나머지 상고 및 피고인 1에 대한 미공개정보 이용행위로 인한 증권거래법 위반의 점에 대한 상고를 각 기각한다.

【이유】

】피고인 1, 3, 4와 검사의 상고이유를 함께 판단한다.

1. 피고인 1, 2, 4의 허위·부실 표시 문서 이용 불공정거래(이하 '이 사건 사기적 부정거래'라고 한다)로 인한 증권거래법 위반의 점에 대하여

가. 원심은 원심 및 원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들에 의하여 인정되는 그 판시 각 사실을 종합하여, 피고인 4 명의의 주식회사 팬텀엔터테인먼트그룹(이하 '팬텀'이라고 한다) 주식과 공소외 1 명의의 팬텀 주식은 전부 피고인 1의 소유로서 피고인 4와 공소외 1의 이름으로 보유한 것이라고 판단하였다.

원심판결 이유와 위 채택 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

또한 피고인 1과 제1심 공동피고인 2의 팬텀 주식 인수자금 중에 차입금이 있다고 본 원심의 판단과 피고인 1이 제1심 공동피고인 2와 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 점을 공모하였다고 본 원심의 판단에 대한 피고인 1의 상고이유 요지는 사실심인 원심의 전권사항에 속하는 증거의 취사선택이나 사실인정을 탓하는 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

따라서 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 공모하여 2005. 4. 1. '주식 등의 대량보유상황 보고서'를 제출하면서 보유주식의 수량과 취득자금 조성내역을 허위로 기재함으로써 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하였다고 인정한 원심의 판단은 정당하므로, 위와 같은 원심의 판단에 위법이 있다는 피고인 1의 상고이유 주장도 받아들일 수 없다.

나. 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 부칙 제2조로 폐지. 이하 같다) 제188조의4 제4항 제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 한 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있다.

구 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함

과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 금전 기타 재산상의 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결 등 참조). 그리고 위 조항에서 정한 '중요한 사항'이란 당해 법인의 재산·경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 유가증권의 공정거래와 투자자 보호를 위하여 필요한 사항으로서 투자자의 투자 판단에 영향을 미칠 수 있는 사항을 의미하고(대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결, 대법원 2006. 2. 9. 선고 2005도8652 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조), '허위·부실 표시 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻으려는 목적'은 그것이 행위의 유일한 동기일 필요는 없는 것이므로 다른 목적과 함께 존재하여도 무방하고 그 경우 어떤 목적이 행위의 주된 원인인지는 문제되지 아니한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조). 나아가 위 조항의 문언 해석상 일단 '타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻기 위하여' 중요한 사항에 관한 허위·부실 표시 문서를 이용한 이상 그로써 바로 위 조항 위반죄가 성립하는 것이고, 문서 이용행위로 인하여 실제 '타인에게 오해를 유발'하거나 '금전 기타 재산상의 이익을 얻을 것'을 요하지 않는 것이므로, 허위·부실 표시 문서 이용행위와 타인의 오해 사이의 인과관계 여부는 위 죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2003도6759 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조).

원심은, 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 2005. 4. 1.경 금융감독원 전자공시시스템을 통하여 '주식 등의 대량보유상황 보고서'를 제출하면서 그 취득목적은 '경영참여'라고 표시한 만큼, 코스닥시장 참여자의 처지에서는 경영권을 취득한 주체가 누구인지, 취득자금의 출처가 자기자본인지 차입금인지, 실제 취득한 주식의 수량이 얼마인지 등은 그 회사의 장기적인 발전 가능성, 새로운 사업영역에 대한 확장 및 인수 합병시의 성공 가능성, 경영권을 안전하게 방어하기 위한 추가 주식 취득의 필요성 등을 판단하는 기본적인 자료가 된다고 할 것이므로, 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 1,023만 주를 주식회사 동성그린테크(이하 '동성그린테크'라고 한다)로부터 매수하였고 그 자금의 많은 부분이 피고인 1, 2가 차입해온 자금 등에서 나왔음에도, 이를 숨기고 피고인 4가 319만 2,000주, 제1심 공동피고인 2가 212만 8,000주(원심판결의 '218만 주'는 오키로 보인다) 등 합계 532만 주(원심판결의 '537만 2,000주'는 오키로 보인다)만을 차입금이 전혀 없이 자기자금만으로 매수한 것처럼 허위의 '주식 등의 대량보유상황 보고서'를 제출한 것은 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하는 행위에 해당하고, 나아가 적어도 피고인 1과 제1심 공동피고인 2에게는 발행 주식 총수의 약 67.28%를 보유한 대주주가 그 절반 가까이에 이르는 약 32.30%의 주식을 단기간에 장내에서 처분하고 있다는 사실을 일반투자자들이 알지 못하게 함으로써 팬텀의 주가 급등기에 주가에 충격을 주지 않으면서 차익을 실현하고자 하는 의도가 있었다고 판단하였다.

원심판결 이유와 그 채택 증거들을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1이 상고이유에서 주장하는 바와 같이 사기적 부정거래에 관한 법리를 오해하거나 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

다.

구 증권거래법 제200조의2 제1항은 주권상장법인 또는 코스닥상장법인의 주식 등을 대량보유(본인과 그 특별관계자가 보유하게 되는 주식 등의 수의 합계가 당해 주식 등의 총수의 100분의 5 이상인 경우를 말한다)하게 된 자는 그 날부터 5일 이내에 그 보유상황을 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회와 거래소에 보고하여야 하며, 그 보유주식비율이 당해 법인의 주식 등의 총수의 100분의 1의 비율 이상 변동된 경우에는 그 변동이 있는 날부터 5일 이내에 그 변동내용을 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회와 거래소에 보고하여야 한다고 규정하고 있으며, 같은 법 제21조 제1항에서 '보유'는 소유 기타 이에 준하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우를 포함한다고 규정하고 있고, 이에 관한 구 증권거래법 시행령(2008. 7. 29. 대통령령 제20947호 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령 부칙 제2조로 폐지. 이하 같다) 제10조의4는 같은 법 제21조 제1항에서 '소유 기타 이에 준하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우'라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다고 규정하면서, 제1호에서 '누구의 명의로든지 자기의 계산으로 주식 등을 소유하는 경우', 제2호에서 '법률의 규정 또는 매매 기타 계약에 의하여 주식 등의 인도청구권을 갖는 경우' 등을 각 열거하고 있다.

여기서 위 제2호는 아직 주식 등을 소유하고 있지 않으나 법률의 규정 또는 매매 기타 계약에 기하여 매수인 등으로서 해당 주식 등의 인도청구권이 발생한 경우를 의미하고, 매수인의 경우에는 매매계약이 체결되어 매수인으로서의 지위를 취득하는 때에 해당 주식 등의 보유자가 된다.

원심은, 피고인 1의 차명주주 중 공소외 2가 2005. 4. 25. 자신 명의의 삼성증권 일산지점 계좌에 입고한 10만 주, 공소외 3이 2005. 5. 18.(원심판결의 '2004. 12. 5.'는 오키로 보인다) 처(妻) 공소외 4 명의의 삼성증권 미금역지점 계좌에 입고한 8만 주 중 2만 주, 제1심 공동피고인 5가 2005. 5. 10. 모(母) 공소외 5 명의의 동부증권 잠실지점 계좌에 입고한 8만 주, 공소외 6이 2005. 4. 22. 자신 명의의 굿모닝 신한증권 성수동영업소 계좌에 입고한 2만 주, 피고인 3이 2005. 5. 11. 차명인 공소외 7 명의의 현대증권 가락지점 계좌에 입고한 2만 주, 주식회사 이가엔터테인먼트(이하 '이가'라고 한다)에서 음반기획 및 홍보 업무를 담당하고 있던 공소외 8이 2005. 5. 2. 차명인 공소외 9 명의의 우리투자증권 신사지점 계좌에 입고한 2만 5,000주는, 피고인 1, 4와 피고인 3, 공소외 8 및 위 차명주주들 사이의 금전거래 내역, 국세청의 고발 내용, 검사 작성의 피고인 2에 대한 제2회 진술조서의 진술 기재 및 위 사람들이 팬텀 주식의 인수과정에서 수행한 역할 등을 종합하여 볼 때, 피고인 1이 동성그린테크로부터 팬텀 주식을 매수한 직후에 각기 그들의 지분으로 인정되었던 것으로 보이므로, 피고인 1이 '주식 등의 대량보유상황 보고서'를 제출한 2005. 4. 1.경을 기준으로 보면, 위 각 주식들은 이미 실소유자에게 이전되어 피고인 1이 보유하고 있던 주식에는 포함되지 아니하고, 따라서 이 부분에 관하여는 위 '주식 등의 대량보유상황 보고서'가 허위라 할 수 없다고 판단하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 비추어 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

원심판결 이유 및 원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들에 의하면, 피고인 1은 2005. 3. 17. 동성그린테크와 팬텀 주식 인수에 관한 양해각서를 체결하고, 2005. 4. 1. 동성그린테크로부터 피고인 4 외 차명주주 11인 명의로 팬텀 주식 740만 2,000주를 1주당 약 475원에 매수하는 계약을 체결한 사실, 피고인 1은 2005. 4. 18. 동성그린테크에 잔금을 모두 지급하고 위 740만 2,000주를 표창하는 주권을 교부받은 사실, 피고인 1은 위 주식매수계약이 체결된 2005. 4. 1.을 전후하여 공소외 2를 비롯한 지인들에게 자신이 매수한 팬텀 주식 중 일부를 1주당 1,000원에 장외매

도한 사실 등을 알 수 있다.

주권발행 후의 주식의 양도에 있어서는 주권을 교부하여야 효력이 발생하는 것이므로(상법 제336조 제1항), 위 사실관계에 의하면 피고인 1은 자신이 차명으로 매수한 팬텀 주식 740만 2,000주의 소유권을 동성그린테크로부터 위 주권을 교부받은 2005. 4. 18. 취득하였고, 피고인 1로부터 다시 팬텀 주식 일부를 각 매수한 공소외 2 등은 각 해당 주권을 피고인 1로부터 교부받은 날에 그 소유권을 취득하였다고 할 것인데 그 소유권취득일은 피고인 1이 주권을 교부받은 2005. 4. 18. 이후가 될 수밖에 없다.

그렇다면 피고인 1은 장외에서 주식을 취득하는 경우의 대량보유상황 보고기준일이 되는 계약체결일(구 증권거래법 시행령 제86조의4 제2항 제4호)인 2005. 4. 1.을 기준으로 매도인인 동성그린테크에 대하여 자신이 매수한 팬텀 주식 740만 2,000주 전부에 관하여 주권의 인도청구권을 가지고 있었으므로 구 증권거래법 시행령 제10조의4 제2호에 따라 위 740만 2,000주 전부에 관하여 보유자로서 그 보유상황을 보고할 의무가 있다고 할 것이다.

그런데 이와 달리 원심이 2005. 4. 1.을 기준으로 이미 공소외 2, 3, 제1심 공동피고인 5, 공소외 6, 피고인 3, 공소외 8에게 그 각 주식들이 이전되어 피고인 1이 보유하고 있던 주식에 포함되지 아니한다는 이유로 그 각 주식들에 관하여는 위 '주식 등의 대량보유상황 보고서'가 허위가 아니라고 본 것은 대량보유상황 보고의무에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다(다만 원심이 '위반행위로 얻은 이익'을 산정함에 있어 공소외 2, 피고인 3, 공소외 8에게 매도한 그 각 해당 주식들에 관하여는 피고인 1의 보유 주식인 아니라는 이유로 공소외 2, 7, 9 명의의 각 팬텀 주식 중 피고인 1이 장외에서 매도하였음을 전제로 기소된 수량에서 제외하였는데, 뒤에서 보는 바와 같이 피고인 1이 장외에서 지인들에게 매도하여 얻은 차익이 '위반행위로 얻은 이익'에 포함된다고 보기 어려운 이상, 결국 공소외 2, 피고인 3, 공소외 8에게 매도한 그 각 해당 주식들에 관하여 그 매도로 인한 차익을 '위반행위로 얻은 이익'에서 제외한 판결 결과에는 영향이 없다고 할 것이다).

한편 피고인 1은 상고이유로서 공소외 10 명의 주식 중 공소외 11에게 양도한 4만 주 및 실제 공소외 10 소유인 15만 5,000주, 공소외 12 명의 주식 중 실제 공소외 12 소유인 5만 주, 공소외 3 명의 주식 중 원심이 인정한 2만 주 외에 실제 공소외 3 소유인 6만 주, 제1심 공동피고인 5 명의 주식 중 분실한 1만 주, 공소외 7 명의 주식 중 주권으로 보유 중인 236,250주, 공소외 13 명의 주식 중 실제 공소외 13 소유인 3만 주에 관하여도 대량보유상황 보고서가 허위가 아니라는 취지로 주장하나, 앞서 살펴본 바와 같이 피고인 1은 대량보유상황 보고기준일인 2005. 4. 1.을 기준으로 팬텀 주식 740만 2,000주 전부에 관하여 보유자로서 그 보유상황을 보고할 의무가 있다고 할 것이므로, 피고인 1의 이 부분 상고이유는 대량보유상황 보고의무에 관한 법리를 오해한 나머지 원심의 사실오인을 탓하는 것에 불과하여 받아들일 수 없다.

라. 구 증권거래법 제207조의2와 제214조에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 볼 것이다.

통상적인 경우에는 위반행위와 관련된 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 산정하는 방법으로 인과관계가 인정되는 이익을 산출할 수 있겠지만, 구체적인 사안에서 위반행위로 얻은 이익의 가액을 위와 같은 방법으로 인정하는 것이 부당하다고 볼 만한 사정이 있는 경우에는 사기적 부정거래행위를 근절하려는 구 증권

거래법 제207조의2와 제214조의 입법취지와 형사법의 대원칙인 책임주의를 염두에 두고 위반행위의 동기, 경위, 태양, 기간, 제3자의 개입 여부, 증권시장 상황 및 그 밖에 주가에 중대한 영향을 미칠 수 있는 제반 요소들을 전체적·종합적으로 고려하여 인과관계가 인정되는 이익을 산정해야 할 것이며, 그에 관한 입증책임은 검사가 부담한다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 등 참조).

원심은 피고인 1이 장외에서 지인들에게 차명주주 명의로 인수한 팬텀 주식을 1주당 1,000원에 매도하여 얻은 차익은 이 사건 사기적 부정거래행위와 인과관계가 없으므로 구 증권거래법 제207조의2에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'에 해당하지 않는다는 피고인 1의 주장에 대하여, 구 증권거래법상 사기적 부정거래행위를 금지하고 있는 입법취지는 개별적인 거래 상대방에 대한 사기행위를 처벌하기 위함이 아니라 거래소나 코스닥시장 전체의 관점에서 모든 시장참여자들의 신뢰를 보호하고 전체로서의 증권거래시장의 발전을 꾀하기 위함이고, 팬텀의 주가가 우회상장 및 한류열풍 등의 영향으로 급격하게 상승하고 있는 상황에서 대주주인 피고인 1이 어떤 이유로든지 처음 공시한 내용보다 더 많은 주식을 보유하고 있다가 이를 장외에서 싼 가격에 처분하고 있다는 사실이 일반투자자들에게 알려질 경우 팬텀 주식의 주가가 떨어지거나 상승률이 낮아질 것이 분명함에도, 피고인 1이 장외거래를 통하여 자신이 보유하고 있는 기존 주식의 가치하락을 막으면서 투자금에 대비하여서는 2배 이상의 수익을 얻은 행위도 사기적 부정거래에 해당한다고 판단한 다음, 피고인 1이 장외에서 1주당 1,000원에 매도하여 얻은 차익을 '위반행위로 얻은 이익'에 포함하여 산정하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 앞서 본 법리에 비추어 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

먼저 피고인 1이 이 사건 사기적 부정거래행위를 하기 전에 이미 이루어진 장외거래에서 생긴 차익은 그 시기로 보아 이 사건 사기적 부정거래행위와 인과관계가 있다고 볼 수 없다.

또한 원심이 인정한 이 사건 사기적 부정거래행위의 동기 내지 목적, 즉 대주주가 보유 주식 중 절반 가까이에 이르는 주식을 단기간에 장내에서 처분하고 있다는 사실을 일반투자자들이 알지 못하게 함으로써 팬텀의 주가 급등기에 주가에 충격을 주지 않으면서 차익을 실현하고자 하는 의도에 비추어 보아도, 피고인 1이 이 사건 사기적 부정거래 행위 전후로 장외에서 매도하면서 장내 시세와 관계없이 결정한 1주당 1,000원의 가격은 이 사건 사기적 부정거래 행위로 인하여 발생한 위험, 즉 대주주의 주식 대량 처분 사실을 알지 못한 일반투자자들의 거래로 인한 주가의 변동과 인과관계가 있다고 보기 어렵다.

나아가 이 사건 사기적 부정거래행위의 동기에 대주주가 장외에서 장내 시세보다 싼 가격에 처분하는 사실을 일반투자자들이 알지 못하게 하여 주가에 충격을 주지 않으려는 의도가 포함되어 있다고 보더라도, 피고인 1이 보유하고 있는 기존 주식의 가치하락을 막아 얻은 이익은 이 사건에서 문제된 장외거래에서 생긴 차익과는 관계없는 것이고, 1주당 1,000원의 장외거래가 실제로 공시되었다면 장내 시세가 1,000원 아래로 하락하였을 것이라는 점에 대한 검사의 입증이 없는 이상 이 사건 사기적 부정거래행위와 장외거래에서 생긴 차익 사이에 인과관계가 있다고 단정하기는 어렵다.

이와 달리 장외거래로 생긴 차익이 이 사건 사기적 부정거래행위로 얻은 이익에 포함된다고 본 원심의 판단에는 구 증권거래법 제207조의2, 제214조에서 정한 '위반행위로 인한 이익'에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이를 지적하

는 피고인 1의 상고이유 주장은 이유 있다.

마. 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것인바, 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻을 목적으로 또는 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻을 목적으로 여러 차례에 걸쳐 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호, 제2호의 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하는 행위, 위계를 쓰는 행위, 허위·부실 표시 문서 이용행위 등의 불공정거래행위를 반복한 경우, 이는 시세조종 등 불공정거래의 금지를 규정하고 있는 구 증권거래법 제188조의4에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 코스닥시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되므로, 위 각 행위는 모두 포괄하여 구 증권거래법 제207조의2 제2항, 제1항 제2호, 제188조의4 소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄가 성립된다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결, 대법원 2010. 12. 9. 선고 2009도6411 판결 참조).

한편 포괄일죄로 기소된 범죄사실에 대하여 법원이 그 범죄사실의 일부만을 유죄로 인정하고 나머지 부분을 인정하지 아니하는 경우에 그 인정하지 아니한 부분에 관한 판단을 반드시 명시할 필요가 있는 것은 아니고, 그 범죄사실의 일부만을 유죄로 인정하고 나머지 부분에 대하여 주문이나 이유에서 아무런 판단을 하지 아니하였다면 그 나머지 부분에 대하여는 무죄로 인정한다는 취지로 볼 것이며, 따라서 그 나머지 부분에 관한 설시가 없다 하더라도 그것이 판결 결과에 영향을 미치는 위법사유에 해당한다고 할 수 없다(대법원 1969. 5. 27. 선고 69도250 판결, 대법원 1979. 5. 22. 선고 78도2038 판결, 대법원 1985. 9. 24. 선고 85도842 판결 참조).

따라서 원심판결에 검사가 상고이유에서 주장하는 바와 같이 심판청구를 받은 사항에 관하여 판단하지 않음으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

바. 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하므로, 공모자 중 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람도 위 요건의 충족 여부에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수 있다.

한편 구성요건행위를 직접 분담하여 실행하지 아니한 공모자가 공모공동정범으로 인정되기 위하여는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위·역할이나 범죄경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합하여 그가 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도235 판결, 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 등 참조).

원심은, 그 채택 증거들에 의하여 피고인 4는 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 차명주식을 주가 급등기에 매도하여 차익을 얻고자 하는 계획 및 5% 이상 보유 주주의 대량보유상황 보고의무(이하 '5% 룰'이라고 한다)를 알고 있었던 사실, 피고인 4는 차명인들의 이름으로 주식인수대금을 지급하는 일을 하는 등 친형인 피고인 1의 이익을 위하여 차명인수에 따른 실무적인 업무를 담당한 사실 등을 인정한 다음, 피고인 4가 피고인 1과 제1심 공동피고인 2의 이 사건 사기적 부정거래행위에 공모·가담하였다고 본 제1심판결을 유지하였다.

그러나 피고인 4가 피고인 1의 차명 주식인수에 따른 주식인수대금을 지급하는 행위를 하였다고 하더라도 이를 두고 이 사건 사기적 부정거래행위의 구성요건행위를 분담하였다고 할 수 없고, 피고인 4가 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 차명주식을 주가 급등기에 매도하여 차익을 얻고자 하는 계획 및 5% 룰을 알고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 피고인 1 등이 이 사건 사기적 부정거래행위를 함에 있어 피고인 4가 그에 관하여 공모하였다거나 기능적 행위지배가 있다고 보기 어려우며, 기록상 달리 피고인 4가 공모·가담하였음을 인정할 만한 증거를 찾아 볼 수 없다.

그럼에도 불구하고 원심이 이 부분 제1심판결을 그대로 유지하여 피고인 4에게 유죄를 선고한 것은 공동정범에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 4의 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고인 1, 4의 대량보유상황 보고의무 위반으로 인한 증권거래법 위반의 점에 대하여

가. 원심은, 제1심이 채택한 증거에 의하더라도 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 동성그린테크로부터 다른 사람의 이름을 빌려 주식을 매수함에 있어 피고인 4가 차명주주를 물색하고 대금 지급을 위한 자금을 마련하고 자금을 이체하는 행위를 하는 등의 실무적인 업무를 담당한 사실이 인정될 뿐, 피고인 1과 제1심 공동피고인 2가 매수한 주식에 관하여 대량보유상황 보고의무 위반행위를 함에 있어 피고인 4가 이를 공모하였다거나 금융감독원의 전자공시시스템을 통하여 '주식 등의 대량보유상황 보고서'를 제출하는 행위 중 일부 업무를 담당하였다고 볼 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 피고인 4에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법 등이 없다.

나. 앞서 본 바와 같이 피고인 4 명의의 팬텀 주식은 피고인 1의 소유로서 피고인 4의 이름으로 보유한 것이라고 본 원심의 판단은 정당하므로, 이와 다른 전제에서 원심을 탓하는 피고인 1의 상고이유 주장은 이유 없다.

3. 피고인 1의 미공개정보 이용행위로 인한 증권거래법 위반의 점에 대하여

원심은, 제1심의 채택 증거들에 의하면 제1심 공동피고인 6이 2005. 3.경 공소외 14에게 이가가 우회상장을 할 계획이라고 알려 주었고, 2005. 4. 26.경 공소외 14에게 팬텀의 주권을 전달하면서 이가의 우회상장 대상 회사가 팬텀이라는 것을 알려 준 사실은 인정되나, 피고인 1이 제1심 공동피고인 6에게 위와 같은 정보제공행위를 지시하였다거나 제1심 공동피고인 6이 이를 행할 것을 의욕하였는지에 관하여 이를 인정할 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결의 채택 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

그리고 제1심 공동피고인 6의 정보제공행위와 공소외 14의 정보이용행위 사이에 인과관계를 요하지 않는다는 취지의 검사의 상고이유는 원심이 이 부분 무죄의 이유로 삼지 않은 사유에 관한 주장이어서 받아들일 수 없다.

4. 피고인 1, 4의 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대하여

가. 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조가 규정하는 조세포탈죄에 있어서의 '사기 기타 부정한 행위'라고 함은 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는 것이므로, 이러한 행위가 수반됨이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 이에 해당하지 아니하나, 납세의무자가 조세포탈의 수단으로서 미신고 또는 과소신고의 전단계로서 적극적인 소득 은닉행위를 하는 경우나 적극적으로 은닉의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2004도3976 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2007도3680 판결 등 참조). 그리고 일반적으로 다른 사람 명의를 빌려 주식을 보유하였다 하여 그 차명이용행위 한 가지만으로 구체적인 행위의 동기, 경위 등 정황을 떠나 어느 경우에도 적극적인 소득 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결 참조).

원심은, 구 소득세법(2008. 12. 26. 법률 제9270호로 개정되기 전의 것) 제94조 제1항 제3호 (나)목에 의하면, 코스닥상장법인의 주식의 양도로 인하여 발생하는 소득 중 당해 법인의 대주주가 양도하는 것과 코스닥시장 외에서 양도하는 것은 모두 양도소득세 과세대상이 되므로, 피고인 1이 코스닥시장 외에서 팬텀 주식을 양도한 행위는 자신의 이름으로 양도를 한 것이나 타인의 이름을 빌려 양도를 한 것이나 양도소득세 과세요건을 충족한다는 측면에서는 아무런 차이가 없다(반면에, 코스닥시장 내에서의 주식양도 행위에 대하여는 당해 법인의 3% 이상 주식을 소유한 대주주 등이 아닌 한 그 양도소득세가 과세되지 아니하므로, 위 요건에 해당하는 대주주 등이 타인의 이름을 빌려 거래를 하는 경우에는 비과세 요건을 작출하는 것이 되어 사기 기타 부정한 행위에 해당하게 된다)고 전제한 다음, 피고인 1이 팬텀 주식의 장외거래로 인한 양도소득에 대하여 과세관청에 대하여 신고를 하지 않는 것을 넘어 그 양도 사실을 은닉하기 위하여 어떠한 위장행위를 하였다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없고, 나아가 피고인 1이 팬텀 주식을 취득하면서 그 절반 이상을 3% 이하로 분산하여 위장취득한 행위를 사전 소득 은닉행위로 평가할 수 있다는 검사의 주장에 대하여, 주식의 차명 보유나 장외 거래행위 자체가 위법인 것은 아니고, 양도소득세의 과세대상이 되는 소득이란 자산의 처분으로 인하여 비로소 발생하는 것이라 할 것이므로 위와 같은 행위를 이미 발생한 소득에 대한 적극적인 은닉행위로 평가하기도 어렵다고 판단하면서, 팬텀 주식의 장외매도로 인한 양도차익 부분과 관련하여 사기 기타 부정한 행위로서 양도소득세를 포탈하였다는 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 앞서 본 법리를 따른 것으로서 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 조세포탈에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 원심은, 피고인 1이 동성그린테크로부터 팬텀 주식을 매수하는 과정에서 피고인 4가 차명주주를 물색하고 자금 이체를 하는 등의 여러 가지 실무작업을 담당한 사실은 인정되나, 피고인 4가 상장법인 발행 주식 3% 이상을 소유한 대주주 등에 대하여 장내 주식 처분행위에도 양도소득세를 부과하는 이른바 '3% 룰'을 알고 있었다거나, 피고인

1이 양도소득세를 포탈하기 위한 목적으로 각 차명주주의 지분을 3% 미만으로 분산하여 매수하였다는 사실까지 알고 있었다고 인정할 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 피고인 4에 대한 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

다.

앞서 본 바와 같이 공소외 1 명의의 팬텀 주식은 피고인 1의 소유로서 공소외 1의 이름으로 보유한 것이라고 본 원심의 판단은 정당하므로, 이와 다른 전제에 선 피고인 1의 상고이유 주장은 이유 없다.

5. 피고인 1, 3의 공소외 15 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 그 채택 증거들에 의하여 인정되는 그 판시 각 사실을 종합하여 보면, 피고인 1이 공소외 15의 전속권자인지 아닌지의 여부에 관한 논란과는 상관없이 피고인 1이 허위의 계약서를 근거로 팬텀의 자금을 횡령한 것으로 충분히 인정할 수 있다는 이유로, 피고인 1, 3이 공소외 12와 공모하여 허위 내용의 '음반 제작 및 판매계약서'와 '추가 약정서'를 작성한 후 피해자 팬텀 소유의 자금 합계 12억 8,000만 원을 횡령하였다는 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유와 그 채택 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하다.

원심은 피고인 1이 위 돈을 지급할 실질관계와 다른 내용의 계약서를 작성하여 이를 근거로 횡령하였다고 인정한 것이 아니라 위 돈을 지급할 만한 아무런 실질관계가 없음에도 위와 같은 허위의 계약서를 작성하여 이를 근거로 횡령하였음을 인정한 것이므로, 피고인 1과 피고인 3의 이 부분 상고이유는 원심의 판단과 다른 전제에서 원심을 탓하는 것이어서 받아들일 수 없다.

6. 피고인 3의 50억 원 당좌수표 발행으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대하여

가. 형법 제30조의 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건인 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통하여 범죄를 실행하였을 것이 필요하고, 여기서 공동가공의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결 등 참조).

원심은, 피고인 3이 이 사건 범행 당시 팬텀의 경리담당 이사였던 사실은 인정되나, 피고인 1과 피고인 2의 지시에 따라 기계적인 당좌수표 발행행위를 담당한 사실을 인정할 수 있을 뿐, 기록을 살펴보아도 피고인 1의 배임행위를 적극적으로 의욕하였다거나 자신이 위와 같은 행위를 통하여 어떠한 경제적 이익을 얻을 목적으로 그러한 행위에 나아가게 되었다는 사실을 인정할 아무런 증거가 없으므로, 피고인 3에게 피고인 1의 배임행위를 쉽게 한다는 방조의 고의를 넘어서 공동가공의 의사가 있었다고 할 수 없다는 이유로, 피고인 3에 대한 이 부분 공소사실에 대하여

방조의 죄책만을 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 피고인을 위한 상소는 하급심법원의 재판에 대한 불복으로서 피고인에게 불이익한 재판을 시정하여 이익된 재판을 청구함을 그 본질로 하는 것이므로, 하급심법원의 재판이 피고인에게 불이익하지 아니하면 이에 대하여 피고인은 상소권을 가질 수 없는 것이다(대법원 1987. 8. 31. 선고 87도1702 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 3은 피고인 1, 2의 공동정범으로 기소된 이 부분 공소사실에 대하여 방조의 죄책만을 인정한 제1심판결에 대하여 항소를 하지 아니하였고 검사가 법리오해를 이유로 항소하였으나 원심판결은 검사의 항소를 기각하였으니, 이는 피고인 3에게 불이익한 판결이라고 할 수 없다.

그렇다면 이 부분 원심판결에 대하여 피고인 3은 상고권이 없다 할 것이어서 피고인 3의 이 부분 상고는 부적법하다.

7. 피고인 2의 주식회사 플레이어엔터테인먼트(이하 '플레이어'라고 한다)에 대한 43억 원 지원 및 260억 원 보장 약정으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대하여

가. 플레이어에 대한 43억 원 지원의 점에 대하여

원심은, 제1심의 채택 증거들에 의하여 그 판시와 같은 사실들을 인정한 다음, 회사의 대표이사가 합리적으로 이용 가능한 범위 내에서 필요한 정보를 충분히 수집·조사하고 검토하는 절차를 거친 다음 이를 근거로 회사의 최대 이익에 부합한다고 합리적으로 신뢰하고 신의성실에 따라 경영상의 판단을 내렸고, 그 내용이 현저히 불합리하지 않은 것으로서 통상의 대표이사를 기준으로 할 때 합리적으로 선택할 수 있는 범위 안에 있는 것이라면 비록 사후에 회사가 손해를 입게 되는 결과가 발생하였다 하더라도 그 대표이사의 행위는 허용되는 경영판단의 재량범위 내에 있는 것이라 할 수 있는바, 피고인 2가 회사 가치를 극대화하려는 경영자의 처지에서 당시는 플레이어가 팬텀과 사이의 포괄적 주식교환계약에 따라 팬텀의 완전자회사가 될 상황이었는 데 팬텀이 2005. 5.경 음반 사업을 주업으로 하는 이가와 영상사업을 주업으로 하는 주식회사 우성엔터테인먼트를 잇달아 우회 상장시킴으로써 회사의 전체 가치가 상승하고 있었고, 여기에 연예엔터테인먼트를 주업으로 하는 플레이어까지 흡수 합병할 경우 종합 엔터테인먼트 기업으로서 회사 전체의 가치를 급격히 높일 수 있는 기회가 될 수 있다고 판단하여 주요주주 및 재적이사 과반수의 동의를 얻은 후 추가 자금을 대여하여 주면서까지 기존 주식교환계약의 효력을 유지하려는 선택을 하였다면, 위와 같은 대여행위로 인하여 결과적으로 회사에 일부 손해를 입힌 결과를 가져왔다는 사정만으로 법적으로 허용되는 경영판단의 범위를 넘어섰다고 단정하기 어렵고, 달리 피고인 2에게 다른 임무위배행위가 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 법리오해의 위법이 없다.

나. 260억 원 보장 약정의 점에 대하여

형법상 배임죄에 있어서 손해를 가한 때라 함은 현실적으로 손해를 가한 경우뿐만 아니라 실해발생의 위험을 초래하게 한 경우도 포함하는 것이고 손해액이 구체적으로 명백하게 확정되지 않았다고 하더라도 배임죄의 성립에는 소장이 없지만(대법원 1987. 7. 21. 선고 87도546 판결 등 참조), 배임 또는 업무상배임으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄에 있어서는 취득한 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄 구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로 재산상 이익은 인정되나 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는 위 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반죄로 의율할 수 없다(대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결 등 참조).

원심은, 피고인 2가 업무상 임무에 위배하여 공소외 16과 사이에 팬텀 주식이 공소외 16에게 이전된 때부터 1년간 공소외 16이 그 주식을 보유하는 것을 전제로 1년이 경과한 뒤에 그 주식의 평가금액이 260억 원에 미치지 못하는 경우 팬텀이 그 주식의 평가금액과 150억 원과의 차액을 공소외 16에게 지급하기로 하는 내용의 이면계약을 체결 함으로써 공소외 16에게 110억 원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고 팬텀에 같은 금액 상당의 재산상 손해를 가하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 위와 같은 약정으로 인하여 피고인 2가 팬텀에 가한 손해액은 주가에 따라 최소 0원부터 최대 110억 원 사이에서 변동될 수 있는 금액일 뿐 반드시 110억 원이라고 단정할 수는 없다는 이유로 이익액이 50억 원 이상일 것을 요건으로 하는 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호가 적용될 수 없다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 위에서 본 법리를 따른 것으로서 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같은 배임죄에 있어서의 손해에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

8. 피고인 2의 공소외 17에 대한 무담보대여로 인한 업무상배임의 점에 대하여

상법 제393조 제1항은 주식회사의 중요한 자산의 처분 및 양도는 이사회 결의로 한다고 규정하고 있다.

여기서 말하는 중요한 자산의 처분에 해당하는가 아닌가는 당해 재산의 가액, 총자산에서 차지하는 비율, 회사의 규모, 회사의 영업 또는 재산의 상황, 경영상태, 자산의 보유목적, 회사의 일상적 업무와 관련성, 당해 회사에서의 종래의 취급 등에 비추어 대표이사의 결정에 맡기는 것이 상당한지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다(대법원 2005. 7. 28. 선고 2005다3649 판결 등 참조).

원심은, 그 채택 증거에 의하면 팬텀의 대표이사였던 피고인 2가 아무런 담보도 받지 않고 이사회 결의도 얻지 않은 채 2006. 5. 12.경 공소외 17 개인에게 팬텀 자금 2억 원을 대여한 사실은 인정되나, 한편 2006. 1.경 팬텀이 군인공제 회로부터 50억 원을 투자받으면서 그 대가로 군인공제회가 지분을 갖고 있는 주식회사 데일리썬신문사(이하 '데일리썬'이라고 한다)에 약 10억 원을 투자하기로 약정하였고, 그 이행행위의 하나로 데일리썬의 대표이사인 공소외 17에게 2억 원을 대여하였고, 공소외 17 또한 위 돈을 데일리썬에 즉시 입금한 사실에 비추어 보면, 위 대여행위는 회사 업무와의 관련성이 충분히 인정된다고 할 것이고, 상법상 회사의 일상적인 업무집행은 회사의 정관이나 이사회 규정 등에 다른 제한이 없는 한 대표이사가 단독으로 결정할 수 있는 것인데, 팬텀의 정관이나 이사회 규정 등에는 대표이사가 단독으로 대여를 결정할 수 있는 금액의 범위가 규정되어 있지 아니하고, 팬텀의 당시 자산규모나 연간 매출액 등에 비추어 위와 같은 규모의 자금은 대표이사의 일상적인 업무집행 범위에도 해당하므로, 피고인 2가

공소외 17에게 2억 원을 대여함에 있어 이사회 결의를 얻지 않았다는 사정만으로는 대표이사로서의 임무를 위배하였다고 단정하기 어렵고, 달리 피고인 2에게 임무위배행위가 있었다고 볼 만한 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고 이유에서 주장하는 바와 같이 배임죄에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

9. 범죄수익의 추징에 대하여

구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(2007. 12. 21. 법률 제8719호로 개정되기 전의 것. 이하 같다) 제2조 제1호 [별표] 제16호, 제2호 (가)목, 제8조, 제10조에서 몰수 또는 추징 대상으로 정한 구 증권거래법 제207조의2의 범죄행위에 의하여 생긴 재산인 불법수익은 구 증권거래법 제207조의2 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다고 보는 것이 옳고, 법원은 그 인과관계가 인정되는 이익이라고 하더라도 여러 사정을 고려하여 재량에 따라 그 불법수익의 몰수 또는 추징 여부를 최종 결정하면 된다(대법원 2009. 7. 9. 선고 2009도1374 판결 참조).

이와 달리, 구 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률에 의한 몰수 또는 추징 대상인 이익은 위반행위와 직접적인 인과관계가 있는 것에 한정된다는 전제 아래, 피고인 1, 2의 이 사건 사기적 부정거래행위와 직접적인 인과관계가 있는 이익이 얼마인지를 특정할 수 있는 아무런 자료가 없다는 이유만으로 추징을 선고하지 아니한 원심에는 위 법률이 정한 추징에 관한 법리를 오해한 위법이 있다.

이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

10. 피고인 2에 대한 직권판단

원심판결 이유와 기록에 의하면, 원심은 피고인 1, 2에 대한 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 공소사실 중 일부에 대하여만 유죄로 인정하고 그 나머지 공소사실에 대하여는 범죄사실의 증거가 없다 하여 무죄로 판단하였고, 이에 대하여 피고인 1과 검사는 원심판결에 대하여 불복 상고하고 피고인 2는 상고하지 아니하였다.

그런데 앞에서 본 바와 같이 원심이 피고인 1에 대하여 유죄로 인정한 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 범죄사실 중 일부에 대하여 파기사유가 있고 그 파기사유는 피고인 1과 공동피고인 관계에 있는 피고인 2에 대하여도 공통된다고 할 것이므로, 형사소송법 제392조의 규정에 따라 피고인 2에 대한 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반 부분도 함께 파기되어야 한다(대법원 2002. 4. 9. 선고 2001도7056 판결 등 참조).

11. 파기의 범위

원심판결 중 피고인 1, 2, 4에 대한 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 점은 각 파기되어야 하는데, 피고인 1, 2에 대하여는 원심이 적법하게 유죄로 인정한 피고인 1의 대량보유상황 보고의무 위반으로 인한 증권거래법 위반의 점, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점, 대표이사 가지급금 은폐로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점, 공소외 15 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점, 50억 원 당좌수표 발행으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 및 피고인 2의 50억 원 당좌수표 발행으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점, 변호사비용 부담으로 인한 업무상 배임의 점, 공소외 18에 대한 무담보대여로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점, 코스닥상

장법인의 이해관계자와의 거래로 인한 증권거래법 위반의 점은 위와 같이 파기되어야 하는 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 점과 형법 제37조 전단의 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로 피고인 1, 2에 대한 유죄 부분은 전부 파기를 면할 수 없다.

12. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1, 2, 4에 대한 유죄 부분과 피고인 1, 2에 대한 무죄 부분 중 이 사건 사기적 부정거래로 인한 증권거래법 위반의 점에 대한 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심 법원에 환송하며, 피고인 3의 상고와 검사의 피고인 3, 4에 대한 상고, 피고인 2에 대한 나머지 상고 및 피고인 1에 대한 미공개정보 이용행위로 인한 증권거래법 위반의 점에 대한 상고를 각 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 전수안(재판장) 김지형 양창수 이상훈(주심)