

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)(피고인2에대하여일부변
경된죄명:업무상횡령)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임
(인정된죄명:업무상배임)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반
(저축관련부당행위)



[대법원 2014. 2. 27. 2013도12155]

【판시사항】

- [1] 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항에서 정한 '이득액'의 의미 및 횡령행위를 포괄하여 같은 법 위반(횡령)죄로 의율하기 위해서는 피해자 및 피해자별 피해액에 관한 공소사실의 특징이 필요한지 여부(원칙적 적극)
- [2] 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 본래증거 또는 전문증거인지 판단하는 기준
- [3] 피고인이 무죄에 관한 자료로 제출한 증거를 유죄인정의 증거로 사용하기 위한 요건
- [4] 증거신청 채택 여부가 법원의 재량인지 여부(적극) 및 적법하게 공판 심리가 종결된 후에 피고인의 증인신청이 있는 경우, 법원이 반드시 공판 심리를 재개하여 증인신문을 하여야 하는지 여부(소극)
- [5] 목적·용도를 정하여 위탁받은 금전을 사용하는 경우, 횡령죄의 성립 여부
- [6] 비상장주식 등 주식의 매수와 관련한 배임죄에서 손해액을 산정하는 방법
- [7] 주식 거래 관련 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단할 때 유의할 사항
- [8] 전자정보에 대한 압수·수색영장을 집행할 때 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등 외부로 반출할 수 있는 예외적인 경우 및 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄 혐의와 관련성에 관한 구분 없이 임의로 문서를 출력하거나 파일을 복사하는 행위가 적법한 영장 집행인지 여부(원칙적 소극)

【참조조문】

- [1] 형법 제37조, 제355조 제1항, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항, 형사소송법 제254조 제4항
- [2] 형사소송법 제310조의2, 제311조, 제312조, 제313조 제1항
- [3] 형사소송법 제307조, 제318조, 제325조
- [4] 형사소송법 제294조, 제295조, 제305조
- [5] 형법 제355조 제1항
- [6] 형법 제355조 제2항, 제356조
- [7] 형법 제355조 제2항, 형사소송법 제308조
- [8] 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조

【참조판례】

- [1] 대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도13801 판결(공2011상, 681) /

- [2] 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도8007 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결(공2012하, 1530) /
- [3] 대법원 1989. 10. 10. 선고 87도966 판결(공1989, 1703), 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도10787 판결 /
- [4] 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도7947 판결 /
- [5] 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결(공2002하, 2778), 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도7568 판결 /
- [6] 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결(공2005상, 902), 대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결(공2007상, 569), 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2623 판결 /
- [7] 대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결(공2009하, 2048), 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011도15179 판결 /
- [8] 대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정(공2011하, 1342), 대법원 2012. 3. 29. 선고 2011도10508 판결

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】

【변 호 인】 법무법인 화현 외 2인

【원심판결】 서울고법 2013. 9. 27. 선고 2013노536 판결

【주문】

】
상고를 모두 기각한다.

【이유】

】 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 피고인 2, 1의 각 상고이유보충서와 검사가 제출한 의견서의 각 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 함께 판단한다.

1. 피고인들의 에스케이텔레콤 주식회사, 에스케이씨앤씨 주식회사에 대한 업무상 횡령의 점

가. 주위적 공소사실에 관하여

원심은, 피고인 2는 2008년 6월경부터 공소외 1에게 투자위탁금을 보내는 것에 대하여 소극적이었던 점, 에스케이 주식회사의 재무실에 근무하는 공소외 2는 피고인 2의 차입금 및 자금수지 등 재산 관리, 자금 운용 계획 및 조달방안 수립, 공소외 1에 대한 투자위탁금의 규모와 그 회수가가능성 등을 파악하고 이를 관리하는 역할을 하여 왔으므로, 피고인 2가 공소외 1에 대한 투자위탁금이나 기존 채무 유지에 필요한 금융비용을 마련하려고 하였다면 공소외 3을 통하여 공소외 2에게 자금조달을 지시하면 되지 피고인 1, 3에게 자금조달을 요청하지는 아니하였을 것으로 보이는 점, 공소외 2는 피고인 2가 2008. 10. 27. 피고인 3을 면담하고 에스케이그룹 계열사로 하여금 베넥스인베스트먼트 주식회사(이하 '베넥스'라고 한다)에 펀드출자를 하도록 지시한 시점 이후에 비로소 이 사건 펀드출자를 검토하였던 점, 피고인 3이 피고인 1의 공소외 1에 대한 투자위탁금을 조달하려고 할 무렵 피고인 2에게도 기존 채무 유지에 필요한 금융비용을 마련할 필요가 있기는 하였으나 이는 피고인 2 소유의 에스케이씨앤씨 주식회사(이하 '에스케이씨앤씨'라고 한다) 주식을 담보로 제공하여 저축은행으로부터 대출을 받거나 에스케이 주식회사의 주가를 부양하는 등 별도의 방법으로 해결할 수 있었고, 실제로 그러한 방법으로 자금 수요를 해결하였던 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인 2가 필요로 하는 공소외 1에게 송금할 자금 및 피고인 2의 기존 채무 유지에 필요한 금융비용 등을 조달하기 위하여 피고인들이 에스케이그룹 계열사로 하여금 베넥스에 1,000억 원대의 펀드 출자를 하게 한

후 그와 같이 출자된 펀드 자금을 이용하여 피고인 2가 필요로 하는 500억 원대의 자금을 조달하기로 공모하여 위 500억 원을 2008년 10월 말까지 조달하려고 하는 과정에서 이 사건 범행을 저질렀다고 인정하기 어렵다는 이유로 주위적 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 예비적 공소사실에 관하여

(1) 피고인 1, 2의 상고이유에 관한 판단

(가) 불고불리의 원칙을 위반하였고, 범죄사실 및 공소사실이 특정되지 아니하였다는 주장에 대하여

- 1) 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없는 경우에는 공소사실과 기본적 사실이 동일한 범위 내에서 법원이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 다르게 사실을 인정하였다고 할지라도 불고불리의 원칙에 위배되지 아니한다(대법원 2006. 6. 15. 선고 2006도1667 판결 등 참조).

기록에 의하면, 검사는 베넥스 명의의 계좌에 입금된 에스케이텔레콤 주식회사(이하 '에스케이텔레콤'이라고 한다)와 에스케이씨앤씨의 자금이 인출된 때에 횡령행위가 있는 것으로 보아 총 465억 원을 이 부분 횡령범행의 피해액으로 기소하였으나, 원심은 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨의 자금이 공소외 1에게 실제로 송금되었을 때 횡령행위가 이루어진 것으로 보아 공소외 1에게 송금된 450억 원만을 이 부분 횡령범행의 피해액으로 인정하였음을 알 수 있다.

원심은 공소사실과 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서 불법영득의사가 외부로 발현된 시점을 베넥스 명의의 계좌에 입금된 에스케이그룹 계열사의 자금이 실제로 공소외 1에게 송금된 때로 평가한 것이고, 그것이 피고인 2, 1의 방어권 행사에 불이익을 초래하였다고 볼 수도 없을 뿐만 아니라 원심이 인정한 피해액도 공소가 제기된 액수보다 크지 아니한 만큼 원심이 불고불리의 원칙을 위배하였다고 볼 수 없다.

또한 원심이 공소외 1에 대한 각각의 송금행위를 개별적으로 파악하지 아니하고 이를 단일한 범의의 발현에 기인하는 일련의 행위로 보아 피해자인 에스케이그룹 계열사별로 포괄하여 일죄가 성립한다고 평가한 것은 원심판결의 이유 기재에 비추어 명백하므로, 이와 다른 전제에서 원심의 판단을 탓하는 상고이유 주장은 모두 받아들일 수 없다.

- 2) '특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률'(이하 '특경법'이라고 한다) 제3조 제1항에 정한 이득액은 단순일죄의 이득액이나 혹은 포괄일죄가 성립되는 경우의 이득액의 합산액을 의미하는 것인지 경합범으로 처벌될 수죄에 있어서 그 이득액을 합한 금액을 말한다고 볼 수는 없으므로, 횡령행위를 포괄하여 특경법 위반(횡령)죄로 의율하려면 원칙적으로 피해자 및 피해자별 피해액에 관한 공소사실의 특정을 요한다(대법원 2011. 2. 24. 선고 2010도13801 판결 등 참조).

그러나 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 보장하기 위한 데에 있다.

따라서 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 충분하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 아니하였더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는 그 공소내용이 특정되지 아니하여 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피

해액의 합계 등을 명시하면 그로써 범죄사실은 특정된 것으로 보아야 한다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결, 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도1164 판결 등 참조).

기록에 의하면, 이 부분 공소사실의 요지는 피고인들이 베넥스 명의의 계좌에 입금된 피해자 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨의 자금 중 일부를 공소외 1에게 송금함으로써 횡령하였다는 것으로서, 두 회사의 자금이 베넥스 명의의 계좌에 특정되지 아니한 채 입금되어 두 회사 중 어느 회사로부터 얼마의 돈이 공소외 1에게 송금된 것인지를 특정하는 것이 불가능함을 알 수 있다.

이와 같은 경우에 피해자별 피해액을 특정할 수는 없다고 하더라도 베넥스 명의의 계좌에 입금된 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨의 자금이 공소외 1에게 송금되어 유출된 것은 명백하므로 두 회사 모두를 피해자로 기재하는 것이 부득이할 뿐만 아니라, 공소외 1에게 송금된 돈의 구성비율을 어떻게 해석하더라도 피해자인 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨의 피해액 및 피고인들 및 공소외 1이 취득한 이득액은 각 50억 원 이상이 되어 피고인들은 어차피 위 각 피해회사별로 특경법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제1항에 의하여 처벌될 수 있어서 위와 같이 피해자별 피해액을 특정하지 아니한 것이 법 적용에 영향을 미치는 것도 아니다.

따라서 피해회사별 피해액을 특정하지 아니하였다고 하여 이 부분 공소사실 및 범죄사실이 특정되지 아니하였다고 볼 것은 아니다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공소사실 및 범죄사실의 특정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 공소장 변경 요구권의 한계를 일탈하였다는 주장에 대하여

검사는 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 범위 내에서 법원의 허가를 얻어 공소장에 기재한 공소사실 또는 적용법조의 추가·철회 또는 변경을 할 수 있고, 공소사실의 동일성은 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계가 기본적인 점에서 동일하면 그대로 유지되는 것이며, 이러한 기본적 사실관계의 동일성을 판단함에 있어서는 그 사실의 동일성이 갖는 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하되 규범적 요소도 아울러 고려하여야 한다(대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9593 판결 등 참조).

기록에 의하면, 주위적 공소사실과 예비적 공소사실은 범행의 동기와 경위에 관한 차이에 불과할 뿐 공소사실의 기초가 되는 사회적 사실관계는 완전히 동일하고, 공소장이 변경된 원심 제19회 공판기일에서 피고인 2, 1 및 변호인들에게 예비적 공소사실에 대한 의견진술의 기회가 부여되었으며, 원심 제20회 공판기일에서 변호인들의 신청에 따라 피고인 3에 대한 증인신문이 이루어진 사실을 알 수 있으므로, 원심에서 공소장변경을 허가한 조치에 잘못이 있거나 공소장이 변경되는 과정에서 위 피고인들의 방어권이 침해되었다고 할 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 공소장 변경 요구권의 한계에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(다) 공동정범의 성립 및 공모관계가 증명되지 아니하였다는 주장에 대하여

2인 이상이 공동으로 가공하여 범죄를 행하는 공동정범에 있어서 공모나 모의는 반드시 직접적·명시적으로 이루어질 필요는 없고 순차적·암묵적으로 상통하여 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 범죄에 공동 가공하여 이를 공동으로 실현하려는 의사의 결합이 있어야 할 것이다.

피고인이 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 증명할 수밖에 없고, 이때 무엇이 상당한

관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(대법원 2006. 2. 23. 선고 2005도8645 판결 등 참조).

한편 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 수도 있다.

그리고 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 2010. 7. 15. 선고 2010도3544 판결 등 참조).

원심은, ① 이 사건 펀드는 에스케이그룹 계열사가 사전에 정상적인 검토를 거쳐 출자를 결정한 에스케이그룹 차원의 펀드 내지 전략적 펀드가 아니고, 피고인 2의 지시에 의하여 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨는 불과 수일 만에 펀드 출자를 결정하고 펀드가 결성되기도 전에 출자금을 선지급하였고, 에스케이이엔에스 주식회사(이하 '에스케이이엔에스'라고 한다) 등의 펀드 출자 및 출자금의 선지급도 피고인 2, 1의 지시에 의하여 이루어진 점, ② 에스케이그룹 계열사의 펀드 출자 및 출자금의 선지급이 공소외 1에게 송금할 피고인 1의 투자위탁금을 조달하기 위한 것이 아니라면 공소외 1이나 피고인 3이 피고인 2, 1에게 에스케이그룹 계열사로 하여금 이 사건 펀드에 출자하고 출자금을 선지급하도록 요청할 특별한 이유를 발견할 수 없고, 가사 그와 같은 요청을 한다고 하여도 피고인 2, 1이 그러한 요청을 받아들일 아무런 합리적인 이유를 발견할 수 없는 점, ③ 펀드 출자금이 선지급된다고 하여 펀드가 빨리 결성되는 것이 아니므로 이 사건 펀드 출자금이 이례적으로 선지급 되었다는 것은 그것이 공소외 1에 대한 투자위탁금을 마련하는 등 피고인 2, 1의 이익을 위한 것이었음을 추단케 하는 점, ④ 공소외 1에게 송금된 이 사건 펀드 출자금 450억 원을 피고인 2, 1이 2008. 12. 말경 저축은행으로부터 대출받은 돈으로 메운 점, ⑤ 이 사건 이후에도 피고인 2와 공소외 1 사이에 투자위탁 거래가 계속되었던 점, ⑥ 피고인 2, 1과 함께 이 사건 횡령 범행을 공모하였다는 피고인 3의 진술에 신빙성이 있다고 보이는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때, 피고인들이 피고인 1의 공소외 1에 대한 투자위탁금을 마련하기 위하여 공소외 1과 공모하여 에스케이그룹 계열사로부터 이 사건 펀드 출자금을 선지급받아 그 돈을 횡령하기로 하고 그에 따라 공동의 의사로 횡령행위를 하기 위하여 각자의 행위를 분담하여 실행함으로써 이 사건 횡령범행을 하였다고 하는 이 사건 예비적 공소사실(450억 원 부분에 한한다)이 충분히 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 공동정범 성립 및 공모관계의 증명이나 기능적 행위지배에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

위 피고인들이 상고이유에서 들고 있는 대법원 판결들은 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다.

(라) 주위적 공소사실을 배척한 사유가 예비적 공소사실과 모순된다는 등의 주장에 대하여

원심이 주위적 공소사실을 배척하는 사유로 든 앞서 본 바와 같은 사정들은, 정도의 차이는 있으나 피고인 1의 투자위탁금 조달을 위하여 이 사건 횡령범행을 하였다는 예비적 공소사실과는 무관하거나, 적어도 예비적 공소사실보다는

주위적 공소사실을 더 강하게 배척하는 사정들이라고 봄이 상당하므로, 주위적 공소사실을 배척한 사유가 예비적 공소사실과 모순됨을 전제로 원심의 판단에 이유모순이나 이유불비의 위법이 있다는 등의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

(마) 피고인 3 진술의 증거능력 및 신빙성 관련 주장에 대하여

1) 타인의 진술을 내용으로 하는 진술이 전문증거인지 여부는 요증사실과의 관계에서 정하여지는 것이므로, 원진술의 내용인 사실이 요증사실인 경우에는 전문증거이나, 원진술의 존재 자체가 요증사실인 경우에는 본래증거이지 전문 증거가 아니다(대법원 2012. 7. 26. 선고 2012도2937 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인 3은 원심에서 “공소외 1로부터 ‘1,500억 원 네가 원하는 대로 다 얘기해라. [피고인 2에게] 얘기 해 냈다.

선지급에 대해서도 다 말해 냈다’는 말을 들었다”는 취지로 진술하였음을 알 수 있는데, 피고인 3의 진술로 증명하고자 하는 사실이 ‘공소외 1이 위와 같은 내용의 말을 하였다’는 것이라면 이를 직접 경험한 피고인 3이 공소외 1로부터 위와 같은 말을 들었다고 하는 진술은 전문증거가 아니라 본래증거에 해당한다.

만약 피고인 3 진술로 증명하고자 하는 사실이 공소외 1 진술의 진실성, 즉 ‘실제로 공소외 1이 피고인 2로부터 펀드 출자 및 선지급에 관하여 승낙을 받았는지 여부’라면 이는 전문증거에 해당한다고 할 것이나, 피고인 2가 그 무렵 공소외 1로부터 위와 같은 부탁을 받고 이를 승낙하였다는 점은 피고인 2도 이를 인정하고 있는 만큼 피고인 3의 진술이 전문증거로서 증거능력이 인정될 수 있는지 여부와 상관없이 원심의 사실인정에 어떠한 잘못이 있다고 할 수 없다.

따라서 원심이 피고인 3 진술의 증거능력에 관한 판단을 그르쳤다는 상고이유 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

그 밖에 추측이나 의견에 관한 진술은 증거능력 및 증명력이 없다는 주장도 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다.

2) 기록에 의하면, 원심에서 피고인 3을 증인으로 신문함에 있어 여러 차례 변호인들에게 반대신문의 기회가 부여된 사실을 알 수 있으므로, 이와 다른 전제에서 반대신문권이 보장되지 아니하였다는 취지의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

또한 증인신문 과정에서 원심 재판장이 피고인 3의 진술 중 기존 진술에 반하거나 그 의미가 불명확한 부분을 명백히 하기 위하여 증인신문에 개입한 것을 가리켜 원심 재판장이 피고인 3을 유도신문한 것이라고 볼 수도 없다.

3) 진술의 신빙성이 있는지 여부를 판단할 때에는 그 진술 내용 자체의 합리성, 객관적 상당성, 전후의 일관성뿐만 아니라 그의 인간됨, 그 진술로 얻게 되는 이해관계 유무, 특히 그에게 어떤 범죄의 혐의가 있고 그 혐의에 대하여 수사가 개시될 가능성이 있거나 수사가 진행 중인 경우에는 이를 이용한 협박이나 회유 등의 의심이 있어 그 진술의 증거능력이 부정되는 정도에까지 이르지 아니한 경우에도 그로 인한 공박한 처지에서 벗어나려는 노력이 진술에 영향을 미칠 수 있는지 여부 등도 아울러 살펴보아야 한다(대법원 2011. 4. 28. 선고 2010도14487 판결 등 참조).

원심은, ① 피고인 1과 공소외 1이 자금조달을 요청한 경위와 내용, 피고인 2의 지시에 의한 에스케이텔레콤과 에스케이씨앤씨의 펀드 출자금 선지급 경위, 에스케이이엔에스 등의 펀드 출자 경위 등에 관한 피고인 3의 진술 내용에 합리성과 객관적 상당성이 인정되는 점, ② 피고인 3의 진술에 일관되지 아니한 부분이 있으나, 그가 진술을 번복하게 된 경위나 과정 및 그 이유, 에스케이그룹 계열사의 임직원들이 허위진술을 하게 된 경위 및 피고인 3과 피고인 2,

1과의 관계 등에 비추어 볼 때 진술에 일관성이 없는 것은 오히려 자연스러운 것으로 이해할 수 있는 만큼 진술이 반복된다는 이유만으로 피고인 3 진술의 신빙성을 부정할 수 없는 점, ③ 피고인 3의 진술은 피고인 2, 1의 일부 진술 등과 부합하고, 당시 피고인 2, 1의 재정상태나 2008년 12월경 피고인 2, 1이 저축은행 대출을 받아 선지급된 펀드 출자금 중 공소외 1에게 송금된 450억 원을 메운 경위 등 제반 정황과도 일치하는 점, ④ 피고인 3이 피고인 2, 1로부터 지시를 받고 이 부분 횡령범행을 저질렀다고 허위진술을 하고 있다고 보기 어렵고, 그 밖에 달리 허위 진술을 하여 얻게 될 어떠한 이익이 있다거나 허위 진술을 할 특별한 동기가 있다고 할 수 없는 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합해 보면, 피고인 3이 원심에서 한 진술은 그 신빙성이 충분히 인정된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 진술의 신빙성 판단에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(바) 녹취록의 증거능력 및 증명력 관련 주장에 대하여

- 1) 피고인이나 변호인이 무죄에 관한 자료로 제출한 서증 가운데 도리어 유죄임을 뒷받침하는 내용이 있다 하여도, 법원은 상대방의 원용(동의)이 없는 한 그 서류의 진정성립 여부 등을 조사하고 아울러 그 서류에 대한 피고인이나 변호인의 의견과 변명의 기회를 준 다음이 아니면 그 서증을 유죄인정의 증거로 쓸 수 없다.

그러나 당해 서류를 제출한 당사자는 그것을 증거로 함에 동의하고 있음이 명백한 것이므로 상대방인 검사의 원용이 있으면 그 서증을 유죄의 증거로 사용할 수 있다(대법원 1989. 10. 10. 선고 87도966 판결, 대법원 2009. 5. 28. 선고 2008도10787 판결 등 참조).

원심은, 공소외 1이 피고인 2, 1, 3과 각 전화로 통화한 내용을 녹음한 각 녹음파일 및 그 각 녹취록을 피고인 2, 1이 탄핵증거로 제출하였는데, 검사가 증거로 원용한 녹취록 중 일부 기재 부분은 신빙성이 있고 증거로서의 가치가 크다는 이유로 이를 예비적 공소사실을 인정하는 증거로 채택하였다.

그런데 기록에 의하면, 피고인 2, 1이 이 부분 횡령 범행에 가담하지 아니하였음을 증명하는 반대증거로 제출한 녹취록 중 일부분을 원심 제13회 공판기일에서 검사가 유죄의 증거로 원용하고 그에 대한 증거조사까지 마친 사실을 알 수 있다.

따라서 원심의 이유설시 중 각 녹취록이 피고인 3의 진술을 탄핵하기 위한 탄핵증거로만 제출되었음을 전제로 한 부분은 적절하다고 할 수 없으나, 검사가 유죄의 증거로 원용한 녹취록 중 일부 기재를 유죄의 증거로 사용할 수 있다는 원심의 판단은 앞서 본 법리에 기초한 것으로서 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 녹취록의 증거능력에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

- 2) 원심은, 녹취록 중 이 부분 횡령범행에 관한 피고인 2, 1의 주장에 부합하는 공소외 1의 주장이나 의견 또는 입장이 합리성이나 객관적 상당성이 없고 논리적으로 모순되며, 그것과 부합하는 다른 신빙성 있는 증거나 정황을 발견할 수 없고, 오히려 신빙성이 있다고 인정되는 피고인 1, 3의 각 진술 부분을 비롯한 다른 증거나 정황과 저촉되거나 모순되는 점, 그 밖에 녹취록의 기초가 된 공소외 1과 피고인 2, 1, 3의 각 대화의 시기, 공소외 1이 피고인 2, 1, 3과 녹취록에 기재된 내용의 각 대화를 하고 이를 녹음한 의도, 공소외 1이 녹취록을 작성하여 제출하게 하는 이유, 공소외 1의 인간됨 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 녹취록의 기재 중 피고인 2, 1의 주장에 부합하는 부분은 객관적으로 신빙성이 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 간다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 녹취록의 증거가치 판단과 관련한 증거법칙을 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(사) 공소외 1에 대한 증인신청을 기각한 조치의 적법성과 관련한 주장에 대하여

증거신청의 채택 여부는 법원의 재량으로서 법원이 필요하지 아니하다고 인정할 때에는 이를 조사하지 아니할 수 있는 것이고, 법원이 적법하게 공판의 심리를 종결한 뒤에 피고인이 증인신청을 하였다 하여 반드시 공판의 심리를 재개하여 증인신문을 하여야 하는 것은 아니다(대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도7947 판결 등 참조).

원심은, 피고인 2, 1이 제1심 및 원심에서 적법하게 채택한 증거들로 공소사실이 증명될 것을 염려하여 공소외 1의 증언으로 이러한 증거들의 증명력을 탄핵하려고 한다고 하더라도 공소사실에 관한 공소외 1의 입장은 피고인 2, 1이 제출한 녹취록에 자세히 나타나 있으므로 녹취록이 탄핵증거로서의 가치를 가지는지 여부를 판단하는 것으로 충분하고, 별도로 공소외 1을 증인으로 신문할 필요는 없다는 이유로 위 피고인들의 공소외 1에 대한 증인신청을 받아들이지 아니하였다.

다만 이 사건에서 공소외 1은 피고인 2, 1이 이 부분 공소사실과 같은 범행에 가담하였는지를 판단함에 있어 중요한 증인이고 비록 원심이 공판의 심리를 종결한 이후이기는 하지만 원심판결 선고 전에 공소외 1이 이미 국내로 송환되어 있었으므로 적어도 그에 대한 증인신문이 객관적·물리적으로 불가능한 것은 아니었음이 기록상 명백하다.

따라서 원심으로서 변론을 재개하여 공소외 1에 대한 증인신문 절차를 진행한 다음 피고인 3 진술의 신빙성 유무를 평가하는 것이 실질적 직접심리주의의 정신에 비추어 보다 바람직한 조치이었다고 볼 여지가 없지 아니하다고 할 것이다.

그러나 원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 증인신청을 받아들이지 아니한 원심의 조치가 부적절하다고 하더라도 그것이 증거채택에 관한 재량권의 한계를 벗어나 위법하다고까지 평가할 수는 없으므로, 결국 원심의 판단에 직접심리주의를 위반하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수는 없다.

이와 관련된 상고이유 주장은 모두 받아들일 수 없다.

(아) 금전보관의 위탁관계가 인정되지 아니하고, 특정성을 상실하여 재물의 타인성이 인정되지 아니한다는 주장에 대하여

목적·용도를 정하여 위탁한 금전은 정해진 목적·용도에 사용할 때까지는 이에 대한 소유권이 위탁자에게 유보되어 있는 것으로서, 특히 그 금전의 특정성이 요구되지 아니하는 경우 수탁자가 위탁의 취지에 반하지 아니하고 필요한 시기에 다른 금전으로 대체시킬 수 있는 상태에 있는 한 이를 일시 사용하더라도 횡령죄를 구성한다고 할 수 없고, 수탁자가 그 위탁의 취지에 반하여 다른 용도에 소비할 때 비로소 횡령죄를 구성한다(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결 등 참조).

원심은, 에스케이그룹 계열사에서 펀드출자금으로 사용하도록 용도를 정하여 지급하였고 펀드가 설립되지 아니할 경우 이를 회수할 것을 약정한 점 등에 비추어 보면, 펀드 선지급금은 펀드설립이라는 목적과 용도가 특정된 금전에 해당하고, 피고인들이 공모하여 이를 투자위탁금으로 공소외 1에게 송금한 것은 위와 같이 제한된 용도 이외의 목적으로 사용한 것일 뿐만 아니라 선지급을 실시한 에스케이그룹 계열사의 위탁 취지에도 반하는 것이므로 횡령죄가 성

립한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 금전보관의 위탁관계나 재물의 타인성 또는 금전의 특정성에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

위 피고인들이 상고이유에서 들고 있는 대법원 판결은 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다.

(자) 불법영득의사가 인정되지 아니한다는 주장에 대하여

업무상 횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 피할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 처분하는 의사를 말하고 사후에 이를 반환하거나 변상·보전하려는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없다(대법원 2006. 6. 2. 선고 2005도3431 판결 등 참조).

원심은, 피고인 2는 이 사건 이전에도 공소외 1에게 거액의 자금을 투자위탁금 명목으로 송금하였으나 대부분의 자금을 회수하지 못하고 있는 상황이었던 점, 이 사건 투자위탁금을 공소외 1에게 송금할 당시 그 반환 여부가 객관적으로 불투명한 상태였던 점, 실제로 공소외 1에게 송금됨으로써 유용된 자금은 2008년 12월 말경 피고인 2, 1이 저축은행 대출을 통하여 이를 충당하였던 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 이 부분 횡령행위를 일시 사용에 불과하다고 평가할 수 없을 뿐만 아니라 위탁자로부터 특정용도에 사용하도록 위탁받은 금전을 수탁자가 그 용도에 사용하지 아니하고 임의로 소비한 경우 횡령죄가 성립하는 만큼 가사 이를 일시 사용한 것이라고 평가한다고 하더라도 횡령죄가 성립함에 장애가 되지 아니한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(차) 이득액이 잘못 계산되었다는 주장에 대하여

원심은, 베넥스 명의의 계좌에서 인출되어 공소외 1에게 송금된 합계 450억 원을 에스케이텔레콤 및 에스케이씨앤씨의 피해액이자 피고인들 및 공소외 1의 이득액으로 인정하였다.

피고인들이 공소외 1에게 송금함으로써 횡령한 펀드 출자금을 2008년 12월 말경 저축은행에서 대출을 받는 방법으로 회복하였다고 하더라도 이를 횡령금액에서 공제하거나 유용된 기간 동안의 이자 상당액만을 이득액으로 평가할 수는 없는 것이므로(대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도3399 판결 등 참조), 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 특정법 위반(횡령)죄에 있어서의 이득액 계산에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 검사의 상고이유에 관한 판단

원심은, 피고인 3이 베넥스포커스투자조합2호(이하 '포커스2호'라고 한다)의 선지급금 계좌와 오픈이노베이션 펀드의 선지급금 계좌에서 465억 원을 출금하여 클레이먼에스 주식회사, 주식회사 시리우스픽쳐스(이하 '시리우스픽쳐스'라고 한다), 주식회사 프레쉬니스코리아 및 피고인 3 명의의 계좌에 자금을 이체하였던 것은 혹시 있을지도 모르는

세무조사 또는 계좌추적 등을 곤란하게 하거나 공소외 1에 대한 송금자금의 출처를 발견하기 어렵게 하려는 의도로 보이는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인 3이 위와 같이 보관하던 자금 중 임의로 사용함으로써 횡령하려 한 금액은 공소외 1에게 송금한 450억 원으로 봄이 상당하므로, 공소외 1에게 송금한 450억 원을 제외한 나머지 15억 원에 대하여는 피고인들이 공소외 1과 공모하여 횡령한 것이라고 보기 어렵다는 이유로 피고인들에 대한 예비적 공소사실 중 위 15억 원 부분을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 업무상 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고인 1, 3의 업무상 횡령, 저축 관련 부당행위, 업무상 배임 등의 점

가. 에스케이가스 주식회사, 에스케이이엔에스 및 주식회사 부산도시가스에 대한 업무상 횡령의 점에 관하여

- (1) 원심은, 피고인 1이 공소외 1에 대한 투자를 하기 위하여 피고인 3에게 자금조달을 요청하였고, 에스케이그룹 계열사로부터 펀드를 출자받되 그 출자금을 선지급받아 이를 공소외 1에게 송금하는 방안을 피고인 3으로부터 제시받아 이를 승낙한 후 에스케이가스 주식회사(이하 '에스케이가스'라고 한다) 등으로 하여금 베넥스에 펀드를 출자할 것과 그 펀드 출자금을 선지급할 것을 지시한 사실은 인정되지만, 피고인 3도 에스케이가스 등의 출자금이 구체적으로 어디에 쓰이는지는 피고인 1에게 설명하지 아니하였다는 취지로 진술하고 있는 점, 에스케이가스 등이 지급하는 선지급금으로 베넥스섹터투자조합 1호 및 2호의 출자금을 납입할 것인지 아니면 먼저 결성된 포커스2호 등의 출자금을 납입할 것인지는 베넥스 내부의 자금 운용의 문제에 불과한 것으로 보이는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인 3이 피고인 1에게 에스케이가스 등의 펀드 출자금을 빨리 지급하여 달라고 부탁하였다고 하여 피고인 1이 선지급되는 자금이 다른 펀드의 출자금으로 전용되리라는 사정까지 인식하였다고 단정할 수 없다는 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

- (2) 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는 범위 내에서 심리의 경과에 비추어 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다고 인정되는 때에는, 공소장이 변경되지 아니하였더라도 직권으로 공소장에 기재된 공소사실과 다른 범죄사실을 인정할 수 있고, 이와 같은 경우 공소가 제기된 범죄사실과 대비하여 볼 때 실제로 인정되는 범죄사실의 사안이 가법지 아니하여 공소장이 변경되지 아니하였다는 이유로 이를 처벌하지 아니한다면 적정절차에 의한 신속한 실체적 진실의 발견이라는 형사소송의 목적에 비추어 현저히 정의와 형평에 반하는 것으로 인정되는 경우라면 법원으로서 직권으로 그 범죄사실을 인정하여야 할 것이다(대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도1366 판결 등 참조).

기록에 의하면, 검사는 펀드 출자금의 선지급 행위를 횡령으로 기소한 것이 아니라 선지급된 펀드 출자금을 다른 펀드의 출자금으로 유용한 행위를 횡령으로 기소하였음을 알 수 있다.

그러나 펀드 출자금의 선지급 행위만으로 피고인 1이 에스케이가스 등 에스케이그룹 계열사 소유의 자금에 대한 횡령의사를 외부에 객관적으로 드러낸 것으로 단정하기는 어려울 뿐만 아니라 펀드 출자금이 선지급되었다고 하더라도 그 자금이 베넥스 명의의 계좌에 보존되어 있는 이상 위탁자에게 어떠한 손해가 발생하였다고 보기도 어려우므로,

원심이 직권으로 펀드 출자금의 선지급 행위 자체를 횡령죄로 인정하지 아니한 것이 잘못이라고 할 수 없다.

같은 취지의 원심판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 판단누락이나 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 각 펀드 출자금의 저축은행 예금에 의한 업무상 횡령의 점에 관하여

원심은, 저축은행들과 베넥스 사이에 이 사건 각 예금에 대하여 질권을 설정하는 등 법률상 담보제공에 해당하는 행위 또는 상계약정 등이 이루어지지 아니한 점, 이 사건 각 대출에 대한 저축은행에서의 여신심사 당시 이 사건 각 예금이 대출의 전제조건으로 고려되지는 아니한 것으로 보이는 점, 이 사건 각 대출을 받을 당시 피고인 2의 보증 및 피고인 2 소유의 에스케이씨앤씨 주식담보로 제공되었던 점, 일부 저축은행에 예금된 돈은 만기일 이전에 인출되기도 하였던 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합해 보면, 공소외 4는 이 사건 각 대출을 받음에 있어 리먼브라더스 사태 등으로 인하여 예금수신고를 증대시키려는 저축은행 실무자들의 요구에 따라 피고인 3의 승낙을 받고 베넥스의 자금을 저축은행에 예금하였던 것으로 보일 뿐 나아가 피고인 1, 3이 공소외 4로 하여금 베넥스의 자금을 저축은행에 예치하면서 이 사건 각 대출금의 변제시까지 또는 유동성 부족이 해소될 때까지 이를 인출하지 아니할 것을 약정함으로써 사실상 이를 담보로 제공하여 처분하는 정도에 이르렀다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 3에 대하여 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 횡령죄를 구성하는 처분행위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다.

저축 관련 부당행위의 점에 관하여

원심은, 피고인 3은 저축은행으로부터 피고인 1의 대출을 받음에 있어 저축은행에서 예금을 가입해 달라는 요구가 있다는 이야기를 공소외 4에게서 듣고 이를 승낙하여 베넥스의 자금을 저축은행에 예금하였는데, 피고인 3은 이러한 경위를 피고인 1에게 보고하거나 설명하지 아니하였던 것으로 보이는 점, 피고인 1은 피고인 3에게 저축은행으로부터 대출받을 것을 요청하였을 뿐 그 구체적인 절차에 관하여는 관심을 두고 있지 아니하였던 것으로 보이는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 피고인 1이 피고인 3의 이 부분 범행에 공모하여 가담하였다고 단정하기 어렵다는 이유로 피고인 1의 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결이 정당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 공동정범의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 아이에프글로벌 유한회사 주식 고가매입 관련 업무상 배임의 점에 관하여

(1) 주위적 공소사실 및 제1 예비적 공소사실에 대한 검사의 상고이유에 대한 판단

배임죄에서 재산상의 손해를 가한 때라 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가한 경우를 의미하므로 회사의 대표이사 등이 그 임무에 위배하여 회사로 하여금 다른 회사의 주식을 고가로 매수하게 한 경우 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액 상당이라고 봄이 상당하다.

또한 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 것이다.

그러나 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 가지 평가방법들을 고려하되 그러한 평가방법을 규정한 관련 법규들은 각 그 제정 목적에 따라 서로 상이한 기준을 적용하고 있음을 감안할 때 어느 한 가지 평가방법이 항상 적용되어야 한다고 단정할 수는 없고, 거래 당시 당해 비상장법인 및 거래당사자의 상황, 당해 업종의 특성 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결 등 참조).

원심은, 회사가 다른 회사의 주식을 고가 매수함에 따라 배임죄가 성립하는 경우에 회사에 가한 손해액은 통상 그 주식의 매매대금과 적정가액으로서의 시가 사이의 차액인데, 이 사건 주식매입 당시 아이에프글로벌 유한회사(이하 'IFG'라고 한다)의 부채가 자산을 초과하여 자본이 전부 잠식된 상태에 있었다거나 향후 수년 내에 매출이 발생하고 수익이 창출되리라는 것을 기대할 수 없어서 실질적인 주식가치가 0원에 불과하다고 볼 수 없는 점 등 그 판시와 같은 사정에 비추어 볼 때, 이 사건 주식 매매대금 전액이 손해액이라고 볼 수는 없고, 나아가 검사가 제출한 모든 증거에 의하더라도 주식 매매대금과 IFG 주식의 적정가액으로서의 시가 사이의 차액이 5억 원 이상이라는 사실도 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 1, 3에 대한 이 부분 주위적 공소사실 및 제1 예비적 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 특경법 위반(횡령)죄에 있어서의 이득액 산정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

검사가 상고이유에서 들고 있는 대법원 판결들은 사안을 달리하는 것이어서 이 사건에서 원용하기에 적절하지 아니하다.

(2) 제2 예비적 공소사실에 대한 피고인 1의 상고이유에 대한 판단

(가) 배임행위의 상대방인 피고인 1을 업무상 배임죄의 공동정범으로 처벌할 수 없다는 주장에 대하여

업무상 배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자가 소극적으로 실행행위자의 배임행위에 편승하여 이익을 취득하는 데 그치지 아니하고 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 실행행위자의 배임행위에 적극 가담한 경우에는 업무상 배임죄의 공동정범이 된다고 할 것이다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도483 판결 등 참조).

원심은, 피고인 1은 공소외 1에 대한 투자위탁금을 마련하기 위하여 피고인 3으로 하여금 베넥스가 IFG 주식을 매수하도록 하였고, 그 과정에서 매매대금과 매수대상 지분 범위와 지급시기 등 계약조건을 피고인 1, 3과 공소외 5 사이에서 결정하였으며, 위와 같은 배임행위로 조달한 자금을 피고인 1이 사용하는 등 이 부분 범행의 전 과정에서 범행을 기능적으로 지배하였던 것으로 인정되므로, 피고인 1이 실행행위자인 피고인 3의 배임행위의 전 과정에 관여하는 등 배임행위에 적극 가담한 경우에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 대항적 행위유형의 배임죄에 있어서의 공동정범 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(나) 손해가 발생하였음이 증명되지 아니하였다는 주장에 대하여

배임죄의 성립을 인정하려면 손해의 발생이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하는데, 배임행위로 인한 재산상 손해의 발생 여부가 충분히 입증되지 아니하였음에도 가볍게 액수 미상의 손해는 발생하였다고 인정함으로써 배임죄의 성립을 인정하는 것은 허용될 수 없다.

따라서 주식 거래와 관련한 배임행위로 인한 손해의 발생 여부를 판단하기 위하여 주식 가치의 평가가 요구되는 경우에는 그 평가 방법이나 기준에 따라 주식의 가치가 구구하게 산정된다고 하더라도 이를 쉽게 포기하지 말고 상대적으로 가장 타당한 평가 방법이나 기준을 심리하여 손해의 발생 여부를 구체적으로 판단하는 것이 필요하다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2008도11036 판결 등 참조). 그러나 손해의 발생이 증명된 이상 손해액이 구체적으로 명백하게 산정되지 아니하였더라도 배임죄의 성립에는 영향이 없다(대법원 2012. 1. 26. 선고 2011도15179 판결 등 참조).

원심은, ① 주식회사 타임교육(이하 '타임교육'이라고 한다)이 합병거래를 함에 있어 합병비율을 산정하기 위하여 주당 평가액을 결정하는 것은 합병회계처리의 편의를 위하여 산출할 수도 있는 것이어서 이를 바로 객관적인 거래사실에 해당한다고 보기는 어렵지만 이와 같은 합병거래에 있어서의 주당 평가액 자체는 다른 거래사실이 존재하지 아니하는 경우 주식가치의 수준에 관한 참고자료로는 볼 수 있는 점, ② 피고인 1, 3이 IFG 주식매매를 할 당시 IFG, 티스톤 주식회사(이하 '티스톤'이라고 한다), 타임교육, 주식회사 티스더티 등 IFG 및 관계회사들이 2008년 IFG를 제외하고는 모두 상당한 규모의 영업손실과 당기순손실을 나타내고 있었고 일부 연도의 경우 전체 매출액이 직원급여에도 미치지 못하였던 점, ③ IFG 및 관계회사들의 장래의 매출 또는 수익에 대한 객관적 전망이 그리 밝지는 아니하였던 것으로 보이고, 티스톤 측에서 계산한 주식가치도 피고인 1, 3의 거래 당시 기준으로 삼았던 매매가액과는 상당한 차이를 보이고 있는 점, ④ 공소외 6 회계사가 검찰에서 삼정회계법인의 평가보고서를 기준으로 다시 계산한 IFG의 기업가치도 피고인 1, 3의 거래가액에는 미치지 못하는 점, ⑤ 피고인 1, 3은 오로지 피고인 1의 자금수요를 충당하기 위한 목적으로 IFG 주식을 거래하였고, 그 매매대금을 피고인 1의 필요자금의 액수에 맞추어 미리 결정하였음에도 비합리적인 매출 추정 내지 손익 전망을 제공하여 회계법인으로 하여금 이에 대한 아무런 검증을 거치지 아니한 채 형식적인 기업가치평가액을 제공받는 방법으로 정당한 거래인 듯한 외관을 갖추려 하였던 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 적어도 IFG의 객관적인 기업가치는 피고인 1, 3이 거래하였던 매매대금에는 미치지 못하는 사실을 인정할 수 있고, 따라서 위 피고인들의 위와 같은 거래로 인하여 피해조합인 포커스2호와 오픈이노베이션 펀드에 재산상 손해를 가하였거나 가할 위험을 발생하게 하였음을 충분히 인정할 수 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 배임죄에 있어서의 손해액 산정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 피고인 2의 인센티브 보너스 추가지급 관련 업무상 횡령의 점

가. 전자정보에 대한 압수·수색영장의 집행에 있어서는 원칙적으로 영장 발부의 사유로 된 혐의사실과 관련된 부분만을 문서 출력물로 수집하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 해당 파일을 복사하는 방식으로 이루어져야 하고, 집행현장의 사정상 위와 같은 방식에 의한 집행이 불가능하거나 현저히 곤란한 부득이한 사정이 있더라도 그와 같은 경우에 그 저장매체 자체를 직접 또는 하드카피나 이미징 등 형태로 수사기관 사무실 등 외부로 반출하여 해당 파일을 압수·수색할 수 있도록 영장에 기재되어 있고 실제 그와 같은 사정이 발생한 때에 한하여 예외적으로 허용될 수 있을 뿐이다.

나아가 이처럼 저장매체 자체를 수사기관 사무실 등으로 옮긴 후 영장에 기재된 범죄 혐의 관련 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보를 문서로 출력하거나 파일을 복사하는 과정 역시 전체적으로 압수·수색영장 집행에 포함된다고 보아야 한다.

따라서 그러한 경우 문서출력 또는 파일복사의 대상 역시 혐의사실과 관련된 부분으로 한정되어야 함은 헌법 제12조 제1항, 제3항, 형사소송법 제114조, 제215조의 적법절차 및 영장주의의 원칙상 당연하다.

그러므로 수사기관 사무실 등으로 옮긴 저장매체에서 범죄혐의와의 관련성에 관한 구분 없이 저장된 전자정보 중 임의로 문서출력 또는 파일복사를 하는 행위는 특별한 사정이 없는 한 영장주의 등 원칙에 반하는 위법한 집행이 된다 (대법원 2011. 5. 26.자 2009모1190 결정 등 참조).

형사소송법 제308조의2는 "적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다"고 정하고 있다.

그에 따라 수사기관이 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 물론, 이를 기초로 하여 획득한 2차적 증거 역시 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없는 것이 원칙이다.

다만 수사기관의 절차 위반 행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고, 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

따라서 법원이 2차적 증거의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는 먼저 절차에 따르지 아니한 1차적 증거 수집과 관련된 모든 사정들, 즉 절차조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 살피는 것은 물론, 나아가 1차적 증거를 기초로 하여 다시 2차적 증거를 수집하는 과정에서 추가로 발생한 모든 사정들까지 구체적인 사안에 따라 주로 인과관계 희석 또는 단절 여부를 중심으로 전체적·종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012도13611 판결 등 참조).

나. 원심은, 2011. 11. 8. 서울중앙지방법원 판사가 '피고인 3, 1'을 피의자로, '피고인 3, 1이 공모하여 2008년경 에스케이이텔레콤 등 에스케이그룹 5개 계열사가 운용하는 창업투자조합에 유한책임조합원(LP)으로 투자하는 것처럼 가장하여 에스케이이텔레콤 등 2개 계열사 자금 497억 원, 에스케이가스 등 3개 계열사 자금 495억 원을 업무상 보관하던 중 공소외 1의 선물투자자금 등으로 교부하여 횡령한 것을 비롯하여 에스케이씨앤씨 등 에스케이그룹 계열사 자금 약 2,650억 원을 베넥스가 운용하는 창업투자조합 등에 대한 투자를 가장하여 횡령하고, 공소외 1에게 위 자금을 포함하여 수천억 원의 자금을 교부하면서 증여세 등을 포탈한 혐의가 있다'는 것을 혐의사실로, '공소외 7 등의 외장 하드디스크 등'을 압수·수색할 물건으로, 그리고 여기에 '혐의사실에 관련된 것에 한함'이라고 각 기재한 압수·수색영장(이하 '이 사건 압수·수색영장'이라고 한다)을 발부하였는데, 이 사건 압수·수색영장에는 집행현장에서의 저장매체의 복제가 불가능하거나 현저히 곤란할 때에 한하여 저장매체의 원본 반출이 허용된다는 압수방법의 제한에 관한 기재가 있었던 사실, 서울중앙지방검찰청 수사관들은 이 사건 압수·수색영장을 가지고 2011. 11. 8. 16:45경 공소외 7의 주거지에서 외장 하드디스크를 압수한 사실, 이 사건 압수·수색영장 집행 당시 외장 하드디스크에서 파일이 삭제된 흔적이 발견되었으나 집행현장에서 혐의사실과 관련된 부분만을 문서로 출력하거나 수사기관이 휴대한 저장매체에 복사하는 것이 현저히 곤란한 상황이었어서 이 사건 압수·수색영장 기재에 따라 외장 하드디스크 자체를 수사기관 사무실로 반출한 사실, 수사기관은 반출된 외장 하드디스크에서 영장에 기재된 범죄 혐의와 관련된 전자정보를 탐색하여 해당 전자정보만을 출력 또는 복사하는 것을 넘어, 위 범죄 혐의와 자금 조성의 주체·목적·시기·방법 등이 전혀 다른 전자정보인 인센티브 보너스 추가지급 관련 전산자료까지 출력한 사실, 수사기관은 인센티브 보너

스 추가지급 관련 전산자료 출력물을 제시하면서 관련자들을 조사하여 이 부분 공소사실과 관련된 진술을 받아낸 사실 등을 인정한 다음, 위 전산자료 출력물은 이 사건 압수·수색영장 기재 혐의사실과 관련성이 없어 적법절차 및 영장주의 원칙에 비추어 허용된다고 할 수 없으므로 증거능력이 없는 위법수집증거에 해당하고, 이러한 위법수집증거를 제시하여 수집된 관련자들의 진술 등도 위법수집증거에 기한 2차적 증거에 해당한다고 보아 증거능력을 부정하고, 이를 제외한 나머지 증거들만으로는 피고인 2가 부외자금 조성에 관여하거나 그 조성과정에 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적인 의심을 배제할 정도로 입증되었다고 보기 어렵다는 이유로 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다. 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 위법수집증거 배제법칙에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 피고인 3의 업무상 횡령 및 업무상 배임의 점

가. 베넥스에 대한 업무상 횡령의 점에 관하여

(1) 주식회사 글로포스트의 유상증자대금 유용 관련 횡령 부분

원심은, 피고인 3이 2007. 9. 20.경 베넥스 자금 1억 2,000만 원을 직원대여금 명목으로 공소외 8, 4, 9 명의 계좌로 송금하고, 그와 같이 송금된 자금을 피고인 3 명의 계좌로 이체한 다음 주식회사 케이엔엔터테인먼트(주식회사 글로포스트로 상호가 변경되었다) 유상증자 자금으로 사용하여 횡령하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 유상증자에 있어서 피고인 3 명의로 주식배정이 이루어지고 주식대금 납부 과정에 피고인 3 명의의 계좌가 사용되었다는 사정만으로 피고인 3이 공소외 8과 이 부분 범행을 공모하였다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 공동정범에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 주식회사 파라다이스에 대한 담보제공 관련 횡령 부분

횡령죄에서 불법영득의사란 타인의 재물을 보관하는 자가 위탁 취지에 반하여 권한 없이 스스로 소유권자의 처분 행위(반환 거부를 포함한다)를 하려는 의사를 의미한다.

따라서 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위한 것이 아니라 소유자의 이익을 위하여 이를 처분한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위와 같은 불법영득의사를 인정할 수 없다.

다만 타인으로부터 용도가 엄격히 제한된 자금을 위탁받아 집행하면서 제한된 용도 이외의 목적으로 자금을 사용하는 것은 결과적으로 자금을 위탁한 본인을 위하는 면이 있더라도 사용행위 자체로 불법영득의사를 실현하는 것이 되어 횡령죄가 성립하겠지만, 이러한 경우에 해당하지 아니할 때에는 피고인이 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 달리 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 함부로 위탁받은 돈을 불법영득의사로 횡령하였다고 인정할 수는 없다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도1904 판결 등 참조).

원심은, 피고인 3이 2007. 10. 23. 베넥스 자금 10억 원을 프로젝트(영화 '노래방 1시간') 투자금 명목으로 시리우스픽쳐스 명의 계좌로 송금하여 피고인 3 계좌로 이체한 다음 개인대출금 상환 용도로 사용하여 횡령하였다는 이 부분 공

소사실에 대하여, 위 10억 원은 베넥스가 업무집행조합원인 싸이더스FNH-베넥스 영상투자조합 1호(펀드)의 유지에 필요하여 베넥스의 업무와 관련하여 사용된 것일 뿐이므로 피고인 3에게 불법영득의사가 있었음을 인정할 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 2009. 11. 16. 5억 1,200만 원 횡령 부분

회사에 대하여 개인적인 채권을 가지고 있는 대표이사가 회사를 위하여 보관하고 있는 회사 소유의 금전으로 자신의 채권 변제에 충당하는 행위는 회사와 이사의 이해가 충돌하는 자기거래행위에 해당하지 아니하는 것이어서 대표이사가 이사회 승인 등의 절차 없이 그와 같이 자신의 회사에 대한 채권을 변제하였더라도 이는 대표이사의 권한 내에서 한 회사 채무의 이행행위로서 유효하므로 불법영득의 의사가 인정되지 아니하고, 따라서 횡령죄의 죄책을 물을 수 없다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도5459 판결 등 참조).

원심은, 피고인 3이 2009. 11. 16.경 베넥스의 부외자금 계좌인 공소외 10 명의 한화증권 계좌에 입금되어 있던 회사 자금 5억 1,200만 원을 피고인 3의 회사에 대한 가수금 채권의 변제 자금으로 임의 소비하여 횡령하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 5억 1,200만 원은 피고인 3이 베넥스에 대하여 가지고 있던 가수금 채권을 베넥스의 부외자금에서 반환받은 것이므로 피고인 3에게 불법영득의사가 있었다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 횡령죄에 있어서의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

(4) 2009. 11. 26.경 3,000만 원, 같은 해 11. 27.경 2,518만 원, 2011. 3. 24.부터 같은 해 6. 24.까지 4,500만 원 횡령 부분
피고인이 그가 위탁받아 보관 중이던 돈이 모두 없어졌는데도 그 행방이나 사용처를 설명하지 못하거나 또는 피고인이 주장하는 사용처에 사용된 자금이 다른 자금으로 충당된 것으로 드러나는 등 피고인이 주장하는 사용처에 사용되었다는 점을 인정할 수 있는 자료가 부족하고 오히려 개인적인 용도에 사용하였다는 점에 대한 신빙성 있는 자료가 많은 경우에는 피고인이 위 돈을 불법영득의 의사로 횡령한 것으로 추단할 수 있겠지만, 그렇지 아니하고 불법영득의사의 존재를 인정하기 어려운 사유를 들어 그 돈의 행방이나 사용처에 대한 설명을 하고 있고 이에 부합하는 자료도 있다면 함부로 그 위탁받은 돈을 불법영득의사로 인출하여 횡령하였다고 인정할 수는 없다(대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도495 판결 등 참조).

원심은, 피고인 3이 베넥스의 부외자금 계좌인 공소외 10 명의 한화증권 계좌에 입금되어 있던 회사 자금 중 2009. 11. 26.경 3,000만 원, 같은 해 11. 27.경 2,518만 원, 2011. 3. 24.부터 같은 해 6. 24.까지 4,500만 원을 현금으로 인출하여 임의로 소비하여 횡령하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 위 금액은 베넥스의 운영과정에서 통상 발생한 비용일 뿐 피고인 3이 개인적으로 소비한 것이 아니므로 검사가 제출하는 증거들만으로 피고인 3이 불법영득의 의사로 위 돈을 횡령하였다고 단정하기에 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하거나 업무상 횡령죄에 있어서의 불

법영득의사에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 베넥스 예금채권의 담보제공에 의한 업무상 배임의 점에 관하여

원심은, 피고인 3이 베넥스디지털문화콘텐츠 투자조합의 유한책임조합원으로 참여한 주식회사 아시안스타(이하 '아시안스타'라고 한다)에게 그 출자 지분 25억 원 가량을 반환하기 위하여 2009. 3. 11.경 아시안스타를 대신하여 주식회사 한신저축은행(이하 '한신저축은행'이라고 한다)을 유한책임조합원으로 참여시켜 한신저축은행으로부터 아시안스타 명의로 25억 원을 대출받으면서, 원금 25억 원과 연 9.5% 이자에 대한 담보 목적으로 베넥스 명의의 관리보수 수납계좌와 정기예금 계좌의 관리권한을 한신저축은행에 부여함으로써, 아시안스타에게 25억 원 및 연 9.5%에 해당하는 이자 88,685,987원에 해당하는 재산상의 이익을 취득하게 하고 베넥스에 같은 액수에 해당하는 손해를 가하였다는 취지의 이 부분 공소사실에 대하여, 공소외 4가 스스로 한신저축은행을 유한책임조합원으로 섭외하여 공소외 8의 승인 아래 이러한 행위를 하고 피고인 3은 사후적으로 이를 알게 되었을 가능성을 배제할 수 없고, 그 밖에 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 3이 이 부분 공소사실 기재와 같이 베넥스의 예금채권을 한신저축은행에 제공하는 행위에 가담하였음을 인정하기에 부족하다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하다.

거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 사실을 인정하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 원심판결의 유죄 부분에 대한 검사의 상고이유

검사는 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분에 대하여도 상고하였다.

그러나 상고장에 이유의 기재가 없고, 상고이유서에도 이에 대한 불복이유의 기재를 찾아볼 수 없다.

6. 결론

그러므로 피고인 1, 2의 상고와 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 고영한(재판장) 양창수(주심) 박병대 김창석