

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)·자본시장과금융투자업에
관한법률위반·근로기준법위반·근로자퇴직급여보장법위반·위계공무집
행방해

[서울고등법원 2020. 12. 17. 2019노578, 2019노1210(병합)]



【전문】

【피 고 인】 피고인

【항 소 인】 피고인

【검 사】 허지훈, 채희만(기소), 정규영(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 케이에이치엘 외 1인

【원심판결】 1. 서울중앙지방법원 2019. 1. 29. 선고 2018고합635 판결 / 2. 서울중앙지방법원 2019. 2. 18. 선고 2018고단1833, 1928(병합), 4098(병합), 6391(병합) 판결

【주문】

】

제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄부분을 모두 파기한다.

피고인을 징역 6년에 처한다.

이 사건 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 근로자퇴직급여보장법위반의 점은 무죄.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소

외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래 계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업 추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다.

또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분할 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의 유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정지지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정지지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한

구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유 거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차 이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사

건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠느냐, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을

송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2.초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다. 신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행되는 것임을 설명하였다거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 설시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 설시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
- ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).

- ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 반복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무가 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
- ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
- ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.
- ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
- ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.
- 피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.
- 이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권 881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).
- ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
- ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.
- ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.
또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.
- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).
이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의

조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의 공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수익 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

- ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서만 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

- ③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

- ① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

- ② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발 사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

- ④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이틀 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.
- ⑤ 또한 공소외 31은 당심 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당심 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

- ⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다.

그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

- (라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

- (3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

- (가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

- ① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

- ② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공하겠으니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

- ③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약서를 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).
- ④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약서를 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약서를 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약서를 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당시 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서를 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의 범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의 참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지

못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원 중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12. 24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서 '2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된 것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점, 공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환 받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자 회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과

공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터내셔널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금 이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위·변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의

감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사실들을 종합하여 보면, 제1 원심의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이 체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 확약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 확약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이 이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

- ① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).
- ② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽).

그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).

② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외

25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.

또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.

- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공받을 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.
- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 분담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 바지안 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이 중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였

고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금)(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영

자금과 추진하려던 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약서를 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적을 제한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다.

- ③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호 증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소

외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인

현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도 12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고의무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식이 대량보유 보고의무 대상이 되는지 몰랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점
사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정기임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월 2016년 9월(주33)2017년 1월(주34)공소외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공소외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160공소외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공소외 244,142,1904,265,4504,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19. 23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③

공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

(나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

- ② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였다더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

(다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

- (3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.
- ② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어렵다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직

금 반환으로 회계처리하였다.

- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할 증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로 부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]에 대한 판단

(가) 구체적 판단

① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고, 2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공

소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 설시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나 수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원수에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이어서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을

금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우

2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자 제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.

④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉함한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법 등에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달

하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해 금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서는 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.

- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고, 실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.

- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관

하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당심 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행

하였다고 보기 어려우며, ㉠ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티즌의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉡ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉢ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 행형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의

운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

- ③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

- ① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

- ② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '미결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다 (증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제

2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다. 또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분한 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의 유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정지지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정지지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대

로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차

이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠으나, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2.초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이 다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난 번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성

공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 실시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 실시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
 - ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).
 - ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 반복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무가 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
 - ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
 - ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.
 - ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
 - ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.
- 피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이

사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권 881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).
- ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
- ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.

- ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.

또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.

- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).

이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의 공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수의 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서인 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서(증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증)가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

- ④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이를 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청

하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

- ⑤ 또한 공소외 31은 당심 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당심 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

- ⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다.

그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

(라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

(3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

(가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공할것이니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

- ③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약을 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).
- ④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약을 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약을 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약을 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약을 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른

원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대
여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의
범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시
와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주
식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여
부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의
참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지
못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오
일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또
는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원
중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12.
24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한
편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지
분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권
리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원
및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서
'2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된
것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점,
공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였
으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환
받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고
인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기
로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하
기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자
회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주
식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가
보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관

한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과 공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터넷서널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금

이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의 감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 종합하여 보면, 제1 원심의 실시예 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이 체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 확약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 확약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문번호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설

립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

- ① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).
- ② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽). 그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

- ① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).
- ② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.
- 또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.
- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공받을 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.
- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 분담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 바지안 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이

중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금)(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영 자금과 추진하려는 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약을 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적 제한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다

③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발 사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호 증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인 현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고위무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회

생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식의 대량보유 보고의무 대상이 되는지 물랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점
사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정지임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월 2016년 9월 (주 33) 2017년 1월 (주 34) 공 소 외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공 소 외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160 공 소 외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공 소 외 244,142,1904,265,4504,160,2804,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19.

23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③ 공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미

지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

(나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

(다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

(3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.

② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.

③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어

럽다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리하였다.
- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할 증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다 고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지

않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]에 대한 판단

(가) 구체적 판단

① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고, 2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명

목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 설시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나 수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원수에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이라서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교

도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려

가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때 제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자 제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.

④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉합한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 소송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결 수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금

진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법 등에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해

금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.
- 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분하게 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.
- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고,

실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.

- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공

소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당시 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행하였다고 보기 어려우며, ㉔ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티존의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉕ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉖ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 행형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사

람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의 운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

- ③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

- ① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지는 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '기결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다(증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한

채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다.

또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분할 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의 유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정기지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작

성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차 이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의

의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠느냐, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2. 초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이 다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난 번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였다거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 설시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거

래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 설시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
- ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).
- ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 반복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무가 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
- ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
- ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
- ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.

피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권 881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).

③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.

④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.

⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.

또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.

⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).

이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의

공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수익 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서민 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

- ② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제 104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발 사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립 한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자 치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았 음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것 이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서 (CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특 정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지 분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못 하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있 는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약 (PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지 분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계 약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약 을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거

나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이를 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

⑤ 또한 공소외 31은 당심 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당심 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정

하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다. 그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

(라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

(3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

(가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공할것이니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대

여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회의에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약서를 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).

④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약서를 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약서를 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약서를 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서를 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의 범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의 참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지 못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원 중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12. 24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서 '2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된 것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점, 공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환 받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기

로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자 회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과 공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 물랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터넷서널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금 이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위·변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의 감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 종합하여 보면, 제1 원심의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이

체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 협약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 협약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).

② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국건설산업의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽). 그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

- ② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

- ① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).

- ② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.

또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.

- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공할 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.

- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작

성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 부담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 하지만 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이 중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬 되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립 하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금

(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영자금과 추진하려던 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약을 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적'을 제

한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다.

③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

- (나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호

증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진

술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인 현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도 12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고위무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식의 대량보유 보고의무 대상이 되는지 몰랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점

사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정기임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계
2016년 11월 2017년 2월 2017년 3월 2017년 4월 2016년 9월(주33) 2017년 1월(주34)
공소외 22 23,421,990 3,445,670 3,992,890 - 3,118,890 3,118,890 308,080 324,000 49,367,770 67,098,180
공소외 23 12,612,610 2,642,840 2,646,790 - 2,557,660 2,557,670 544,320 252,000 19,976,270 33,790,160
공소외 24 234,617,050 4,612,890 4,612,890 2,476,710 2,476,710 - 582,290 412,200 87,121,790 110,360,840
공소외 25 244,142,190 4,265,450 4,160,280 4,160,280 3,737,450 3,757,270 - 1,486,900 366,300 6,939,150 30,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19. 23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③ 공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

- ② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

- (나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

- ① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

- ② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

- (다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

(3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.
- ② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어렵다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리하였다.
- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할

증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

- (4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분에 대한 판단

(가) 구체적 판단

- ① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

- ② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고,

2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

- ③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나

수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이어서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
 2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.
- ② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자 제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

- ③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.
- ④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉함한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
- ?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

- ② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 소송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미

별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해 금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.
- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고, 실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.
- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당심 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행하였다고 보기 어려우며, ㉣ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티즌의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉤ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉥ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진

술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 형형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의 운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부

절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치 하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '미결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다(증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

- ④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다.

또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분할 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의

유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에는 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정기지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인 하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차 이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달

러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠느냐, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2.초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 설시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 설시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
- ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회

사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).

- ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 번복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
- ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
- ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.
- ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
- ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.

피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권

881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거 기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).
- ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
- ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회 간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.
- ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.
또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.
- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).

이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의 공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수익 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

- ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서만 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소

외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

- ③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

- ① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

- ② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발 사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이틀 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

⑤ 또한 공소외 31은 당시 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당시 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

- ⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다.

그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

- (라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

- (3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

- (가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

- ① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

- ② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공하겠으니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

- ③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약서를 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).
- ④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약서를 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약서를 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약서를 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당시 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서를 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의 범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의 참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지

못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원 중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12. 24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서 '2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된 것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점, 공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환 받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자 회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과

공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터내셔널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금 이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위·변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의

감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사실들을 종합하여 보면, 제1 원심의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이 체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 확약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 확약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이 이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

- ① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).
- ② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국건설산업의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽).

그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).

② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외

25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.

또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.

- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공받을 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.
- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 분담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 바지안 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이 중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였

고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금)(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영

자금과 추진하려던 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약서를 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적을 제한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다.

- ③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호 증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소

외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인

현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도 12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고의무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식이 대량보유 보고의무 대상이 되는지 몰랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점
사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정기임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월 2016년 9월(주33)2017년 1월(주34)공소외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공소외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160공소외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공소외 244,142,1904,265,4504,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19. 23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③

공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

(나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

- ② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였다더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

(다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

- (3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.
- ② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어렵다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직

금 반환으로 회계처리하였다.

- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할 증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로 부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]에 대한 판단

(가) 구체적 판단

① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고, 2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공

소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 설시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나 수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원수에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이어서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을

금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우
제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자
제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.

④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉함한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법 등에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달

하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해 금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.

- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고, 실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.

- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관

하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당심 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행

하였다고 보기 어려우며, ㉔ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티즌의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉔ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉔ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 행형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의

운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

- ③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

- ① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

- ② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '미결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다 (증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제

2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다. 또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분한 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의 유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정지지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정지지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대

로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차

이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠으나, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2.초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이 다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난 번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성

공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 실시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 실시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
 - ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).
 - ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 반복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무가 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
 - ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
 - ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.
 - ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
 - ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.
- 피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이

사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권 881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).
- ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
- ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.

- ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.

또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.

- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).

이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의 공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수의 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서인 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

- ④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이를 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청

하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

- ⑤ 또한 공소외 31은 당심 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당심 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

- ⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다.

그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

(라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

(3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

(가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약을 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약을 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약을 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공할것이니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약을 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

- ③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약을 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).
- ④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약을 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약을 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약을 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약을 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른

원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대
여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의
범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시
와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주
식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여
부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의
참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지
못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오
일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또
는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확인서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원
중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12.
24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한
편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지
분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권
리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원
및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서
'2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된
것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점,
공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였
으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환
받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고
인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기
로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하
기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자
회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주
식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가
보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관

한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과 공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터넷서널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금

이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의 감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 종합하여 보면, 제1 원심의 실시예 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이 체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 협약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 협약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과와의 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설

립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

- ① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).
- ② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽). 그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

- ① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).
- ② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.
- 또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.
- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공할 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.
- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 분담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 바지안 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이

중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금)(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영 자금과 추진하려는 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약을 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적 제한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다

③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발 사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호 증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인 현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고위무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회

생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식의 대량보유 보고의무 대상이 되는지 물랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점
사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정지임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월 2016년 9월 (주 33) 2017년 1월 (주 34) 공 소 외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공 소 외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160 공 소 외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공 소 외 244,142,1904,265,4504,160,2804,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19.

23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③ 공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미

지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

(나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정가지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

(다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정가지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

(3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.

② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.

③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어

럽다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리하였다.

② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할 증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다 고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지

않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]에 대한 판단

(가) 구체적 판단

① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고, 2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명

목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 설시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나 수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원수에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이라서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교

도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려

가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때 제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자 제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.

④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉합한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 소송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결 수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금

진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법 등에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해

금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.
- 변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분하게 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.
- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고,

실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.

- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공

소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당시 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행하였다고 보기 어려우며, ㉠ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티존의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉡ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉢ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 행형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사

람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의 운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

- ③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

- ① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지는 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '기결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다 (증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한

채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다.

또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분할 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의 유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정기지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작

성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차 이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의

의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠느냐, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다.

"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다.

이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2. 초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이 다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난 번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을 것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에 대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을 검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자 어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 설시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거

래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 설시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
- ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).
- ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 반복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무가 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
- ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
- ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
- ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.

피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권 881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
- ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).

- ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
- ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.
- ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.
- 또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.
- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).
- 이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.
- 원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).
- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의

공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수익 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서만 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

- ② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제 104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발 사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거

나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이를 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

⑤ 또한 공소외 31은 당심 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당심 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정

하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다. 그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

(라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

(3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

(가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공할것이니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대

여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회의에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약서를 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).

④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약서를 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약서를 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약서를 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당시 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서를 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의 범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의 참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지 못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원 중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12. 24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서 '2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된 것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점, 공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환 받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기

로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자 회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과 공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터넷서널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금 이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위·변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의 감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 종합하여 보면, 제1 원심의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이

체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 협약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 협약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).

② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국건설산업의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽). 그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

- ① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다. 피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

- ② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

- ① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).

- ② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외 25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.

또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.

- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공할 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.

- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작

성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 부담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 하지만 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이 중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬 되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립 하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금

(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영자금과 추진하려던 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약을 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적'을 제

한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다.

③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- (가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호

증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진

술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인 현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도 12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고위무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식이 대량보유 보고의무 대상이 되는지 몰랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점

사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정지임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월2016년 9월(주33)2017년 1월(주34)공 소 외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공 소 외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160공 소 외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공 소 외 244,142,1904,265,4504,160,2804,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19. 23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③ 공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

- ② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

- (나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

- ① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

- ② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

- (다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

(3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.
- ② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어렵다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리하였다.
- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할

증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

- (4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분에 대한 판단

(가) 구체적 판단

- ① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

- ② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고,

2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

- ③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나

수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이어서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을 금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우 제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.
- ② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.
- ⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자
2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자 제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

- ③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.
- ④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉함한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위
 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
- ?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.
- ② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미

별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해 금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.
- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고, 실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.
- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의의 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당심 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행하였다고 보기 어려우며, ㉣ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티즌의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉤ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉥ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진

술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 형형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의 운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부

절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치 하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '미결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다(증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

- ④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

제2 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5, 공소외 6, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 9에 대한 임금 및 퇴직금 체불의 점에 대하여는 공소를 기각하고, 나머지 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

피고인은 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여만 항소하였고, 검사가 공소기각 부분에 대하여 항소하지 아니하였으므로, 제2 원심판결 중 공소기각 부분은 그대로 분리·확정되어 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해 주장

1) 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대하여

가) 이 사건 금원의 성격에 관하여

피고인이 대표자로서 운영하던 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 유전개발사업에 참여하게 되었는데, 공소외 11 회사(이하 '피해자 회사'라 한다)는 위 지역에서 생산되는 원유거래사업을 추진하기 위하여 공소외 10 회사와 원유거래사업을 위한 조인트벤처를 설립하는 내용의 2008. 2. 15. 조인트벤처계약(이하 '이 사건 조인트벤처계약'이라 한다)을, 2008. 3. 1. 부속계약(이하 '이 사건 부속계약'이라 한다)을 각 체결하였다.

이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따르면, 피해자 회사는 원유거래계약의 체결을 조건으로 공소외 10 회사에 100억 원의 자금을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 부담하기로 약정하였는데, 피고인은 공소외 10 회사와 피해자 회사가 설립한 조인트벤처(이하 '조인트벤처 법인'이라 한다)를 통해 공소외 13 회사와 공소외 14 회사로부터 원유를 매입하는 거래계약을 추진하였고, 실제 2008. 5. 24. 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결되었으므로, 피해자 회사는 이 사건 부속계약에 따라 공소외 10 회사에 사업자금 100억 원을 지급하고, 초기 사업추진에 따른 일체의 경비를 지급할 의무를 부담하게 되었다.

피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 공소외 10 회사 측에 이 사건 금원을 투자하면서 피해자 회사의 요청으로 형식적으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약서를 작성하였을 뿐이고, 그 후 피고인 측에게 이 사건 금원의 상환이나 외화자금차입계약서에 따른 공소외 10 회사 주식의 담보 제공 등도 요구하지 않았다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 이 사건 금원은 피해자 회사가 외화자금차입계약에 따라 대여한 것이 아니라, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피해자 회사가 부담하기로 한 원유거래사업을 위한 투자금 또는 초기 사업추진경비로 지급된 것이다.

그럼에도 이 사건 금원의 성격을 외화자금차입계약에 따른 대여금이라고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 기망행위 및 편취의 범의 유무에 관하여

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 차용하면서 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 바지안 광구 개발을 위한 컨소시엄(이하 '제1차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도한 적이 없고, 2017. 10. 30.경 공소외 15 회사에 작성해 준 제1차 한국컨소시엄에 관한 우선참여권을 부여한다는 확약서에 따른 의무는 2007. 12.경 공소외 15 회사의 피고인에 대한 고소로 부담하지 않게 되었으므로, 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있어 피해자 회사와 원유거래사업을 추진할 능력이 있었다.

설령 피고인이 공소외 15 회사에 공소외 10 회사가 보유한 제1차 한국컨소시엄 지분을, 공소외 16 회사에 공소외 10 회사가 보유한 이라크 쿠르드 지역 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발을 위한 한국유전개발 컨소시엄(이하 '제2차 한국컨소시엄'이라 한다) 지분을 양도하였더라도, 공소외 10 회사는 피해자 회사와 원유거래사업을 추진함에 따라 쿠르드 지역의 유전에서 생산되는 원유 구입 우선권을 조인트벤처 법인에 제공할 의무를 부담할 뿐이므로 여전히 원유거래사업을 추진할 수 있었다.

실제로 피고인은 조인트벤처 법인을 설립하여 공소외 13 회사, IP와 원유를 매입하는 계약을 추진하였고, 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사의 주식 매수를 시도하는 등 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하려고 노력하였다.

또한 피고인은 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 18과 공소외 15 회사에 담보로 제공된 주식을 제외하더라도 공소외 10 회사 주식 190만 주 이상을 보유하고 있었으므로, 피해자 회사에 이 사건 금원 차용에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식을 제공할 충분한 능력이 있었다.

더구나 피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 원유개발사업 등 해외 에너지사업에 사용하였고, 설령 이 사건 금원의 사용 용도가 이라크 지역의

유전개발 내지 원유거래사업에 한정된다고 보더라도, 피고인이 공소외 13 회사와의 계약 체결, 조인트벤처 법인 설립 자문 및 바지안 광구 탐사 등을 위해 지출한 비용은 그 목적에 따라 지출된 것이다.

그럼에도 피고인이 이 사건 금원을 지급받을 당시 미필적으로 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하거나 이 사건 금원을 변제할 의사나 능력이 없었다고 인식하면서 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 편취하였다고 판단한 제1 원심판결에는 사실을 오인하고 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

2) 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여

가) 각 자본시장과금융투자업에관한법률위반의 점에 대하여(2018고단1833 사건의 공소사실 제2항, 제3항 부분)

(1) 2013. 7. 19.~7. 22. 기간 중 주식매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 19, 공소외 20이 2013. 7. 19.~7. 22. 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도할 당시에는 다른 사건으로 수사를 받고 있었고, 공소외 19도 수사기관에서 피고인에게 위 주식을 매도한 사실을 이야기하지 않았다고 진술하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 공소외 19 등이 위와 같이 공소외 21 회사 주식을 매도한 사실을 알지 못하였으므로, 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 그 변동사항을 보고할 기대가능성이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

피고인은 공소외 10 회사가 공소외 21 회사에 대한 회생채권의 출자전환으로 보유하게 된 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주가 자본시장법 제147조 제1항에 따른 보고 대상이 되는 것인지 알지 못하였고, 법률전문가인 공소외 10 회사의 사내변호사조차 주식 대량 보유에 따른 보고의무가 발생하였는지 여부를 알지 못하였으므로, 피고인에게 이 부분 공소사실에 관한 고의가 없거나 위법성의 인식이 없었다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나) 공소외 2 회사 근로자들에 대한 근로기준법위반 및 근로자퇴직급여보장법위반의 점에 대하여

(1) 퇴직 근로자 공소외 22, 공소외 1에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.경부터 같은 달 12.경까지 공소외 2 회사 근로자들 중 공소외 22에게 합계 67,098,180원, 공소외 1에게 합계 33,790,160원을 임금 및 퇴직금으로 각 지급하였으므로, 공소외 22와 공소외 1에게 각 지급하여야 할 임금과 퇴직금을 각 퇴직일로부터 14일 이내에 모두 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

(2) 퇴직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점에 대하여[2018고단4098 사건의 공소사실 중 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]

공소외 2 회사는 2016. 4. 10.과 같은 달 17. 임금 및 퇴직금으로 공소외 23에게 합계 110,360,840원, 공소외 24에게 30,041,470원을 각 지급함으로써 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등을 정기지급일로부터 14일 이내에 지급하였다.

그럼에도 이 부분 공소사실 중 2017. 3.분 이후의 임금 등 미지급 부분을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인 하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 있다.

다) 위계공무집행방해의 점에 대하여(2018고단4098 사건의 공소사실 제3항 부분)

피고인은 변호사들을 접견하면서 금지물품의 반입을 요청하지 않았고, 피고인을 접견한 변호사들은 피고인의 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행한 부분도 있으며, 그 과정에서 피고인과 변호인이 주고받은 회사의 운영에 관한 소송서류 외의 문건 수수 등은 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제84조 제3항, 수용관리업무지침 제117조 제1항에서 허용되는 미결수용자와 변호인 사이의 서신에 해당하므로, 피고인이 부당한 목적을 가지고 이 부분 공소사실 기재와 같이 변호사들을 접견하였다고 할 수 없다.

또한 피고인과 변호사들은 접견 시 위와 같은 문건을 주고받는 과정에서 통상적인 절차를 거쳤을 뿐 적극적인 위계를 사용하지 않았다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 공무집행방해죄의 위계에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다.

나. 양형부당 주장

제1, 2 원심이 피고인에게 선고한 각 형(제1 원심판결: 징역 5년, 제2 원심판결: 징역 3년)은 너무 무거워서 부당하다.

3. 직권판단

피고인의 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살펴본다.

피고인에 대하여 제1 원심판결과 제2 원심판결이 각 선고되어 피고인이 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대하여 각 항소하였고, 이 법원은 위 두 항소사건을 병합하여 심리하기로 결정하였다.

그런데 피고인에 대한 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분의 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분은 그대로 유지될 수 없게 되었다.

다만 제1 원심판결과 제2 원심판결 중 유죄 부분에 위와 같은 직권파기 사유가 있음에도 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로, 아래에서 이를 판단하기로 한다.

4. 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장에 대한 판단

가. 제1 원심판결[특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점]에 대한 판단

1) 이 사건 금원의 성격에 관한 판단

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 이 사건 금원은 피고인이 이 사건 조인트벤처계약에 따라 투자받은 것이 아니라 외화자금차입계약에 따라 차용한 돈이라고 판단하였다.

(1) 이 사건 조인트벤처계약서 및 이 사건 부속계약서의 문언

이 사건 조인트벤처계약서는 공소외 10 회사와 피해자 회사 사이에 이라크, 특히 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래 사업을 공동으로 진행하기 위하여 조인트벤처를 설립하겠다는 것으로서, 대상 사업, 양 당사자의 의무, 원유 목표 거래량, 당사자 간의 이익 분배비율, 조인트벤처 운영기간에 관하여는 정하고 있으나, 원유매입계약의 체결에 관한 구체적인 계획, 일정 등이 누락되어 있고, 피해자 회사가 부담하기로 한 원유사업 추진비용과 관련해서도 구체적인 액수, 지급 시기, 방법 등 핵심적인 사항을 정하고 있지 않다.

한편 이 사건 부속계약서는 이 사건 조인트벤처계약서의 내용을 구체화하기 위해 작성된 것으로, 피해자 회사가 공소외 10 회사에 이 사건 부속계약서 제2조 제1항에 따라 100억 원을 대여하는 것은 '공소외 10 회사가 쿠르디스탄 및/또는 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약 체결'이라는 정지조건의 성취를 전제로 하는데, 2008년경 원유거래계약은 체결되지 못하였다.

결국 이 사건 조인트벤처계약서와 부속계약서는 이 사건 금원의 지급이나 원유사업 추진비용 부담에 관한 구속력 있는 근거가 된다고 볼 수 없다.

(2) 당시 유전개발 컨소시엄의 진행 상황

이 사건 조인트벤처계약은 쿠르드 자치정부의 총리가 제2차 한국컨소시엄, SOC 컨소시엄과 관련된 두 건의 양해각서를 체결한 다음 날인 2008. 2. 15.에 체결되었는데, 당시 피고인은 유전개발과 관련하여 제1차 한국컨소시엄에 참여하여 바지안 광구에 대한 지분 5%를 갖고 있었고, 제2차 한국컨소시엄에서는 구체적 지분 분배 없이 양해각서만 작성되었을 뿐이었으며, 2008. 3. 31. 피해자 회사로부터 최초로 미화 230만 달러를 송금받을 때까지 제1, 2차 한국컨소시엄과 관련하여 양해각서 작성 외에 실질적으로 사업이 진척되는 상황은 아니었다.

(3) 외화자금차입계약서가 매번 작성된 경위

이 사건 금원이 2008. 3. 31.부터 2008. 12. 5.까지 총 9회에 걸쳐 지급되는 동안 작성된 외화자금차입계약서는 원금, 변제기, 이자율, 지연손해금 이율 등 금전소비대차계약의 핵심 내용을 모두 담고 있는데, '에너지 자원 및 광물의 매입 또는 판매 등과 관련한 제반 사업들을 수행하는 데 사용'하도록 차용 목적을 정하고 있는 것은 당시 피고인이 공소외 25에게 이 사건 금원을 원유사업과 관련하여 사용한다고 밝혔을 뿐 아니라, 피고인과 공소외 25 사이에서 장차 이라크 쿠르드 지역 원유거래와 관련하여 공동사업을 추진하자고 했던 논의 내용이 반영된 것으로 보인다.

한편 외화자금차입계약서의 문언이 피해자 회사의 내부적인 요건을 충족시키기 위해 형식적으로 작성된 것임을 확인하거나 뒷받침할 만한 아무런 자료가 없다.

(4) 이 사건 금원의 지급과 관련한 피해자 회사의 임원회 의사결정 과정

공소외 25가 작성한 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에는 '피고인이 이 사건 부속계약서에서의 대여금 조건 성립 이전에 대여금 실행을 요청하고 있다.

이 사건 부속계약서와는 별개로 피고인 개인 소유의 비상장회사 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결하여 대여금을 요청한다.

피고인은 공소외 10 회사가 한국 코스닥 상장기업이므로 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 각종 문제(차입금에 관한 공시, 회계감사 등)가 예견되므로 공소외 12 회사 명의로 단기차입금(1년 이내 상환) 명목으로 미화 1,000만 달

러를 요청하고 있다.

담보로 공소외 12 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식을 계약서 체결일의 종가를 기준으로 계산된 차입금에 상당한 수량의 주식을 제공하겠다고 한다'는 내용이 기재되어 있고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 의사록에는 '이 사건 부속계약서와는 별개 회사인 비상장회사 공소외 12 회사로 대여금을 지급하는 것에 심도 있는 논의를 하여, 공소외 10 회사 주식을 담보로 받는 조건으로 공소외 12 회사와 외화자금차입계약을 체결한다.

단기대여금 미화 1,000만 달러에는 동의하나, 임원 중에 미화 1,000만 달러를 한 번에 보내기에는 아직 신뢰관계가 없다는 의견을 반영하여, 약 1/4 금액 2억 5,000만 엔 상당의 금액을 미화로 환산하여 보내고, 추후 외화자금차입계약에 의해 대여금을 지급한다'는 내용이 기재되어 있다.

이처럼 이 사건 금원을 피고인에게 지급할 당시 피해자 회사 내부에서는 공소외 10 회사 주식을 담보로 단기로 대여하되, 신뢰관계가 없어 차입을 원하는 금액 중 일부만 우선 대여하는 논의만 있었을 뿐, 피고인의 원유사업에 대한 투자에 관하여는 아무런 논의도 없었던 것으로 보인다.

(5) 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성된 경위

공소외 25는 수사기관에서 '피고인이 한국의 상장사가 외국자본을 받으면 나중에 문제 될 수 있으니 공소외 12 회사로 입금해달라고 요청하였다'는 취지로 진술하였고, 2008. 3. 26.자 피해자 회사의 임원회 보고서에 한국 코스닥 상장기업인 공소외 10 회사가 일본에서의 차입에 관하여 한국 상법상 공시, 회계감사 등의 문제로 공소외 12 회사 명의의 단기차입금으로 요청한다는 내용이 기재되어 있다.

한편 피고인은 수사기관에서 '공소외 12 회사가 자신의 개인 회사로서 개인 자금조달을 위한 페이퍼컴퍼니이고, 주로 국내외 지인들로부터 돈을 빌려 공소외 12 회사 명의로 관리하면서 개인적인 사업 관련 자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다.

이에 비추어 보면, 외화자금차입계약서가 공소외 12 회사 명의로 작성되고 이 사건 금원이 공소외 12 회사 명의의 계좌로 지급된 것은 피고인이 1인 주주로 있는 비상장회사인 공소외 12 회사 명의로 차용하기를 원하는 피고인의 요청 때문이었던 것으로 보인다.

(6) 공소외 25와 자문계약을 체결한 경위

공소외 25는 자신의 개인 회사인 공소외 26 회사와 공소외 10 회사가 2010년경 컨설팅계약을 체결한 경위와 관련하여, 원심 법정에서 "당시 피고인이 공소외 10 회사가 감사조사를 받고 있어 매출을 올리지 않으면 상장을 유지하기 어렵다면서 '일본 기업에서 컨설팅계약을 할 수 없겠느냐, 가능하다면 피해자 회사였으면 좋겠다'고 했었다."
"는 취지로 진술하였다.

피고인과 공소외 25는 2010. 10. 29. 공소외 10 회사와 공소외 26 회사 사이의 영문 컨설팅계약서에 서명하였는데, 피고인의 원심 법정진술과 공소외 26 회사의 상호 변경등기 등에 비추어 보면, 2010. 10.경 위 컨설팅계약서를 작성하면서 2010. 4.경으로 그 작성일자를 소급한 것으로 보인다.

또한 공소외 25가 원심 법정에서 "자문 및 합작투자계약을 체결한 적은 없고, 계약서 자체를 법정에서 처음 본다. 이름, 이메일주소, 전화번호가 잘못 기재되어 있다.

자문 및 합작투자계약서에는 'lees'로 되어 있는데 나는 'lee'를 쓰고, 전화번호도 '8228'로 되어 있는데 실제로는 '6228'이다.

"라는 취지로 진술하였고, 공소외 12 회사가 2010. 11. 5. 공소외 25에게 1,000만 엔을 송금하였는데, 공소외 25는 피고인의 요청으로 같은 날 공소외 26 회사에 1,000만 엔을, 공소외 26 회사에서 다시 공소외 10 회사에 1,000만 엔을 송금하였다.

공소외 10 회사 재무회계팀 직원이 2012. 5.경 공소외 25에게 컨설팅 매출액 미화 219만 달러 중 미지급된 금액이 미화 21만 달러라는 취지의 이메일을 보내기도 하였는데, 공소외 25는 이에 대하여 실제로 계약이 체결되거나 용역이 제공된 적이 없어 무시했다고 진술한 반면, 피고인은 위 컨설팅 매출액 상당액을 지급받았거나 미지급된 금액의 회수 여부에 관하여 아무런 자료도 제출하지 못하였다.

위와 같은 사정들에 비추어 보면 공소외 25는 위 영문 컨설팅계약서에만 서명한 것으로 보일 뿐, 한글로 작성된 컨설팅 계약서와 2012. 2. 15.자 및 2012. 9. 10.자 자문 및 합작투자계약서에는 서명한 사실이 없는 것으로 보이고, 위 영문 컨설팅계약서에 서명하게 된 것도 피고인의 부탁에 의한 것으로서 공소외 25 측에게 실제로 컨설팅 용역을 제공하였다는 피고인의 주장은 거짓일 가능성이 크다.

(7) 이 사건 금원 지급 이후의 정황 및 고소가 늦어진 경위

피해자 회사는 공소외 12 회사의 계좌로 자금을 대여할 때마다 내부적으로 대여금의 일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 상세히 기재하여 관리하여 왔고, 공소외 25는 이 사건 금원에 관하여 피해자 회사의 임원회에 그 총액 및 지급내역 등을 상세히 보고하여 왔으며, 피해자 회사의 재무제표에도 이 사건 금원이 대여금으로 기재되어 있다.

공소외 12 회사의 재무회계팀 직원인 공소외 27은 2012. 1. 18. 공소외 25에게 '현재 공소외 10 회사는 금융감독원 회계 감독2국에서 감리조사를 받고 있다.

2012. 2.초 쿠르드 자치정부로부터 PPS(Packaged Power Station, 이동식 발전설비. 이하 'PPS'라 한다) 대금이 입금될 예정이며, 공소외 10 회사의 금융감독원 감리조사가 원만하게 끝나야 한다.

피해자 회사로부터 차입한 대금은 PPS 대금 수령 후에 회장님(피고인)이 개인 소유한 회사에서 2012. 2. 초 상환 예정이다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 2012. 1. 19. 공소외 25에게 '공소외 11 회사 상환계획'이라는 제목으로 '공소외 12 회사가 공소외 11 회사 및 공소외 25로부터 차입한 자금 중 미화 130만 달러를 2월 6일 이라크로부터 발전대금을 회수한 즉시 다음 날 일본으로 송금할 계획이다'는 취지의 이메일을 보냈고, 2013. 7. 25. 피해자 회사의 공소외 28 회장에게 '2013. 8. 14.까지 미화 35만 6,000달러를 입금해주면, 2013. 9. 말까지 미화 100만 달러를 보내드리고, 공소외 10 회사 250만 주를 담보로 제공하며, 공소외 25와 함께 석유 무역사업을 계속 추진하여 성공시키겠다'는 취지의 서면을 공소외 25를 통해 건네주기도 하였다.

또한 공소외 25는 2012. 3. 21. 피고인에게 '1월에 약속된 미화 130만 달러는 우선적으로 꼭 해결해주시도록 부탁드립니다.

적어도 공소외 10 회사에서 늦어진 사유와 향후 상환 방도를 공문으로 보내주셔야 하겠습니다.

공소외 11 회사 주총이 27일에 있습니다'라는 취지의 이메일을, 2012. 10. 15. '현재 상황 알려주십시오. 공소외 29 감사
가 피해자 회사 본사에 다녀갔으나 본사에서는 제 말이나 공소외 29 감사 보고도 전혀 신용하지 않고 있으며, 지난
번 약속하신 이메일도 900만 엔에 관해서 제대로 안 지켜져 완전히 신용을 잃은 상태입니다.

이대로 가다가는 할 수 없이 손실처리 절차로 들어가 형사고발 상담을 변호사와 하고 있는 상태입니다.

신속히 지난 번 약속을 이행해 주시고 월말까지 최소 미화 30만 달러 이상 송금해주시면 제가 어느 정도 버틸 수 있을
것 같습니다'는 취지의 이메일을 보냈다.

피고인은 위 2012. 10. 15.자 이메일에 대하여 2012. 10. 16. 공소외 25에게 '빠른 시일 안에 쿠르드에서 Oil Trading 하
려 합니다.

내일 수요일에 공소외 30 대사님께서 입국합니다.

쿠르드 Oil Trading 관련해서입니다.

사업을 진행하면서 공소외 11 회사에도 자금이 집행될 수 있습니다'라는 취지의 이메일을 보냈다.

한편 공소외 25의 원심 법정진술에 비추어 보면, 공소외 25는 사업이 성공하면 변제하겠다는 피고인의 말을 듣고 기다
리던 중 공소외 2 회사와 관련한 임금 체불 사건으로 자신이 직접 검찰조사까지 받게 되자 이를 계기로 피고인에
대한 신뢰를 완전히 잃고 2017년경에서야 이 사건 고소에 이르게 된 것으로 보인다.

(8) 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원이 지급된 경위

피고인은 2008. 8. 1. 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서와 상환확약서를 전송하면서, 2008. 8. 28.까지 대여금
을 반드시 상환할 테니 추가 대여금을 지급해달라고 요청하였다.

또한 피해자 회사의 2010. 3. 15.자 임원회 의사록에는 '한국 공소외 12 회사에 대하여 대여금 회수를 위한 법적 대응을
검토하도록 한국법인의 공소외 44에게 지시한다'는 내용이 기재되어 있다.

비록 피해자 회사가 담보를 제공받지 않고 이 사건 금원을 계속 대여한 것이 이례적이긴 하나, 피고인에게 계속하여 담
보 제공을 요청했던 것으로 보이고, 공소외 25와 피해자 회사의 입장에서는 향후 조인트벤처 사업에 참여할 수 있
을 것이라는 기대가 있었으며, 피고인이 추진하는 다른 여러 사업들이 성공할 가능성이 있다면서 '자신의 사업이 성
공해야 조인트벤처 사업도 할 수 있고, 만약 당장 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하게 되면 상장회사의 각종 공
시 제도로 투자유치가 어려워지고, 검찰 조사에 악영향을 미칠 수 있어 주식을 담보로 제공하지 못한다'고 변명하자
어쩔 수 없이 추후 담보 제공 약속만을 믿고 계속 금원을 대여하였던 것으로 보인다.

(9) 피고인이 조인트벤처 법인 명의로 진행하였다는 사업의 실체

피고인이 2008. 3.경 공소외 10 회사의 고문인 공소외 31의 자문 등을 받아 조인트벤처 법인을 설립한 것에 관하여, 공
소외 25 및 피해자 회사와 논의하였거나 공소외 25에게 조인트벤처 법인의 설립 사실을 알렸다는 자료는 확인되
지 않는다.

또한 피고인이 주장하는 공소외 13 회사와의 원유거래 협상과 협상의 결렬 경위에 관하여, 피고인이 공소외 25에게 공소외 31의 이메일을 한 차례 전달(forwarding)한 것 외에 조인트벤처 법인의 채무에 대하여 공소외 10 회사와 피해자 회사가 연대책임을 진다는 내용의 계약서나 공소외 25가 조인트벤처를 대표한다는 내용의 서류를 구체적으로 요구하였음을 뒷받침할 만한 자료는 확인되지 않는다.

위와 같이 피고인이 공소외 31의 이메일을 전달한 것만으로는 공소외 25 및 피해자 회사에 공소외 13 회사와의 원유 매매계약 체결 시도가 조인트벤처 사업의 일환으로 진행하는 것임을 설명하였거나 협조를 구한 것이라고 보기 어렵다.

한편 피고인은 공소외 13 회사와의 원유거래 협상이 결렬된 후 2008. 5. 24. IP와 최대 2,500만 배럴의 원유를 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였고, 공소외 25가 조인트벤처 대표로서 매매계약서에 서명하였다고 주장하나, 증거기록에서 확인되는 공소외 25의 한자 서명(증거기록 1권 52, 62, 75, 84, 95, 104, 122쪽) 필체에 비추어 보면, 위 계약서의 서명 중 특히 '義'의 발 부분에 해당하는 '我'의 3, 4획 부분이 공소외 25의 필체와 상이하고, 그 밖에 공소외 25가 직접 위 계약서에 서명하였다고 볼 증거도 없다.

나) 당심의 판단

제1 원심이 설시한 판시와 같은 사실과 사정들에 제1 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 더하여 보면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 피고인 또는 피고인이 운영하는 공소외 10 회사에 대여 형식으로 이 사건 금원을 투자하거나 원유거래를 위한 초기 사업추진경비를 지원한 것이 아니라, 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사 주식을 담보로 이 사건 금원을 대여하였다고 봄이 타당하다.

다만 제1 원심의 이 사건 금원의 성격에 관한 설시 중에 다소 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같은 취지로 판단한 제1 원심판결은 결론에 있어서 정당하고, 결국 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 차용금과 투자금의 구별 기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원의 성격 등에 관한 피고인과 공소외 25의 진술

(가) 피고인의 진술

피고인은 이 사건 금원의 성격과 이 사건 금원을 지급받은 경위 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 다음과 같이 진술하여 그 진술이 일관되지 아니한다.

- ① 피고인은 2009. 8.경 공소외 16 회사의 고소로 검찰에서 조사를 받으면서 '피해자 회사가 이라크 쿠르드 자치구역 내 유전개발에 참여하고 있는데, 피고인이 이라크 쿠르드 자치구역 내 석유국 관계자들에게 소개해 주고 그 대가로 차용한 사실이 있다'고 진술하였다(증거기록 2권 1418쪽).
- ② 피고인은 경찰 제1회 피의자신문 과정에서 '(공소외 25로부터) 이 사건 금원을 빌린 사실은 있지만, 공소외 25의 주장처럼 쿠르드 자치구역이나 이라크 유전개발에 자금이 필요하다고 빌리지는 않았다', '이라크 쿠르드 자치구역 내에서 공소외 10 회사가 이동식발전설비 공사를, 공소외 12 회사가 두칸리조트 공사 등을 하고 있었는데, 공소외 11 회

사에서 피고인이 하는 사업에 지원을 해주겠다고 하면서 78억 원을 빌려주었다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 415~417쪽), 제2회 피의자신문 과정에서는 '공소외 25와 피해자 회사가 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하기로 하였으나 무산된 후, 피해자 회사로부터 78억 원을 빌려 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 12 회사 등의 운영자금으로 사용하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 435쪽).

- ③ 피고인은 경찰 제3, 4회 피의자신문 과정에서부터 종전의 진술을 번복하면서 '공소외 25가 피고인에게 100억 원을 투자하기로 하였는데, 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 150억 원을 투자한 것을 알고 그중 절반인 75억 원을 부담하겠다고 하면서 이라크의 자원개발사업에 참여하게 해달라고 하였고, 당시 달러와 엔화로 환산하여 78억 원이 되었으며, 차용증(외화자금차입계약서)은 해외 송금을 위해 형식적으로 작성한 것이다', '이 사건 금원은 일반 대여금과 달리 투자를 하면 이익을 분배하기로 한 것이므로, 대여금을 변제하거나 이자를 부담하고, 담보를 제공할 의무 없다'는 취지로 진술하였다(증거기록 1권 617, 618쪽, 2권 715쪽 등).
- ④ 피고인은 검찰에서 '공소외 25가 피고인에게 석유, 가스, 철광석 등을 이라크에서 직수입하여 일본과 중국에 판매하겠다고 하면서 공소외 10 회사에 100억 원을 투자하겠다고 하였고, 해외에 조인트벤처를 설립하자고 제안하였다'는 취지로 진술하였다(증거기록 2권 951~963쪽).
- ⑤ 피고인은 제1 원심과 당심에서는 이 사건 금원이 원유거래사업을 위한 조인트벤처 법인에 대한 투자금이거나, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 초기 사업추진경비를 지원한 것이라는 취지로 진술하였다.
- ⑥ 피고인은 경찰 제3회 피의자신문 이래 이 사건 금원을 '투자금' 명목으로 지급받았다는 취지로 진술하면서도 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서 외에 이를 뒷받침할 만한 객관적인 자료를 제출하지 못하고 있다.
- ⑦ 피고인은 이 사건 금원을 지급받은 구체적인 경위에 관하여도, ㉠ 수사기관에서는 '공소외 25가 유전개발사업에 참여하고 싶다고 하면서 피고인이 개인적으로 공소외 10 회사에 투자한 150억 원 중 절반을 부담하겠다고 하여 이 사건 금원을 피고인에게 교부한 것이다.

피해자 회사 측에서 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약 내용대로 공소외 10 회사에 투자한 적은 없고, 위 금원을 피고인의 개인 계좌로 입금해주겠다고 하면서 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에 정한 조건의 변경을 요청하였으며, 그에 따라 피고인의 페이퍼컴퍼니인 공소외 12 회사 명의의 계좌에 돈을 입금한 것이다'는 취지로 진술하였으나(증거기록 1권 618~620쪽, 2권 955, 958~961쪽), ㉡ 제1 원심과 당심 법정에서는 이 사건 금원은 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 추진할 조인트벤처 사업, 즉 '원유거래사업'에 대한 '초기 사업추진경비' 내지 '투자금' 명목으로 공소외 10 회사 측에 지급한 것이라고 주장하거나 진술하였다.

이와 같이 이 사건 금원을 투자금으로 지급받은 경위나 근거 등에 관한 피고인의 진술도 일관되지 않는다.

(나) 공소외 25의 진술

공소외 25는 이 사건 금원의 성격 등에 관하여 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지, 그 명목이 유전개발사업에 관한 것인지, 원유거래사업에 관한 것인지 등 세부적인 부분에서 차이가 있기는 하지만, 피해자 회사가 공소외 10 회사와 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위해 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결하였으나, 이 사건 금원은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금이나 초기 사업추진경비가 아니라 피고인의 요청으로 대여한 것이라는 취지로 일관되게 진술하고 있다(증거기록 1권 219, 518쪽, 2권 1441쪽, 공판기록 1권 101쪽, 2권

881쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 16, 66쪽). 공소외 44의 수사기관과 원심 법정에서의 진술도 공소외 25의 위 진술에 대체로 부합하고, 공소외 25가 이 사건 금원과 관련하여 피해자 회사에 대하여 한 보고 내용, 피해자 회사의 임원회 의사록 등의 기재, 각 외화자금차입계약서의 문언 등도 위 진술에 부합한다.

(2) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금인지 여부

(가) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 체결 경위

- ① 피고인은 2006. 12. 13. 컴퓨터 부품 도매업 등을 영위하던 (회사명 1 생략)의 대표이사로 취임하여 상호를 '공소외 10 회사'로 변경한 후 에너지개발사업을 추진하였다(공판기록 1권 205쪽). 공소외 10 회사는 2007. 1. 31.경 미국의 버지니아 글로벌사와 이라크 등 해외 원유 및 천연가스 탐사를 위한 에너지사업계약을, 2007. 3. 8.경 미국의 공소외 42 회사와 미국 멕시코만 지역의 유전/가스전 탐사 개발을 위한 조인트벤처계약을 체결하였고(공판기록 1권 236쪽), 2007. 11. 9. 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄에 참여하는 양해각서를 체결하는 등 유전개발사업을 추진하고 있었다.
 - ② 피해자 회사의 상무이사인 공소외 25는 2007. 11.경 공소외 29를 통해 이라크 쿠르드 지역에서 유전개발사업을 하고 있다는 피고인을 소개받았는데, 당시 피해자 회사는 일본에서 파친코 관련 사업, 호텔업 등을 영위하고 있었고(증거 기록 1권 54쪽), 석유 등을 이라크에서 직수입하여 일본이나 중국에 판매하는 사업을 구상하고 있었다(공판기록 1권 98쪽).
 - ③ 피고인은 2008. 1.~2.경 공소외 25에게 '유전개발을 통해 나온 석유를 중국이나 일본에 판매하는 조인트벤처를 함께 해보자'는 제안을 하였을 뿐, 그 이전에 공소외 25와 유전개발사업 또는 원유거래사업 등에 관하여 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료나 정황을 찾아볼 수 없다.
 - ④ 한편 이라크 쿠르드 자치정부의 바르자니 총리는 2008. 2. 14. 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄과 사회 간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서를 체결하였는데, 피고인은 2008. 2. 15.경 공소외 25에게 '피해자 회사 측에서 원유 사업에 참여하기를 원한다면 원유거래를 할 수 있는 우선권을 부여한다는 의미로 조인트벤처계약을 체결하자'고 제안하여(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 10~11쪽), 이 사건 조인트벤처계약이 체결되기에 이르렀다.
 - ⑤ 피해자 회사는 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결할 무렵까지 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 이를 통한 원유거래사업의 추진 현황, 회사의 재무상태 등을 파악하기 위한 실사를 진행한 적이 없었고, 사업의 향후 전망을 분석하거나 이에 대한 투자 자문 등도 받지 않은 것으로 보인다.
- 또한 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약과 관련한 구체적인 사업 계획과 향후 전망 등에 관한 정보를 공소외 25와 피해자 회사에 제공하였다거나 공소외 25가 공소외 29 등을 통해 이를 파악하였다고 볼 만한 정황이나 객관적인 자료도 찾아볼 수 없다.
- ⑥ 피고인은 2008. 3. 1.경 피해자 회사 측에 이 사건 조인트벤처계약을 구체화하기 위한 부속계약서 초안을 제시하였으나, 피해자 회사의 요구로 실제 원유매매계약이 체결되어야만 자금을 지급한다는 조항을 이 사건 부속계약서에 포함시켰다(당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 60쪽).

이 사건 조인트벤처계약에서는 연간 원유 목표 거래량을 1,200만 배럴로 정하였는데(제5조 제1항), 공소외 25는 원심 법정에서 '피고인이 조인트벤처가 시작되면 일단 원유를 확보하는 데 2~3년이 걸린다고 하여 이와 같이 정하였다'는 취지로 진술하였고(공판기록 2권 916쪽), 2008. 3. 3.자 피해자 회사의 임원회에 '피고인은 이 사건 부속계약서의 조건인 원유거래계약이 체결되기까지 1~2년이 소요되리라 예상하고 있었으나, 1년 이내로 사업이 진전될 가능성이 있으므로, 피해자 회사에서도 부속계약서의 조건인 자금계획을 세울 필요가 있다.

원유거래계약이 체결되면 피해자 회사는 이라크 쿠르드 지역 원유거래에 공소외 10 회사와 함께 참여할 수 있는 유리한 입장을 가졌다고 보며 사업 장래성이 밝다고 생각한다'고 보고하였다(증거기록 2권 1476쪽).

- ⑦ 이와 같은 사정들에 비추어 보면, 피해자 회사로서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하면 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 자금을 대여하거나 초기 사업추진경비를 부담하기로 한 것으로 보일 뿐, 형식적인 외화자금차입계약을 통해 피고인 또는 공소외 10 회사에 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금을 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

(나) 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약의 내용

- ① 이 사건 조인트벤처계약서 제4조 제1항에서는 피해자 회사가 구입할 원유 매입가와 관련 비용 총액의 지불의무를 규정하고, 이 사건 부속계약서 제2조에서는 공소외 10 회사가 원유거래계약을 체결하는 것을 전제로 피해자 회사의 공소외 10 회사에 대한 100억 원의 대여 의무(제1항)와 대여할 금액, 이율, 담보 내용 등(제2항)을 구체적으로 규정하고, 제3조에서는 조인트벤처 법인의 원유거래사업에 따른 실수익 발생 시까지 피해자 회사의 초기 사업추진경비의 우선 부담의무(제1항)와 위 사업추진경비의 지급 시기와 방법(제2항) 및 정산 등에 대하여 구체적으로 규정하고 있다.

이 사건 금원에 대한 외화자금차입계약서에서도 차용금의 상환기간, 이율, 주식의 담보 제공 등을 규정하고 있다.

이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서, 외화자금차입계약서의 각 문언에 따르면, 피해자 회사가 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따라 이 사건 금원을 대여 형식으로 투자하였다고 할 수 없다.

- ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에 따르면, 위 각 계약은 피해자 회사와 공소외 10 회사가 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유거래사업을 공동으로 수행하기 위한 것인 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사는 이라크 쿠르드 지역의 바지안 광구 탐사를 위한 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있었고, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 8개 광구 개발 등에 관한 양해각서만 체결한 상태로 유전개발사업을 추진하는 초기 단계였고, 이를 통한 이라크 쿠르드 지역의 원유에 대한 거래계약을 체결하기는 어려운 상황이었던 점, 이 사건 부속계약서 작성 당시 공소외 10 회사의 유전개발사업의 향후 계획이나 수익 전망 등도 불확실하였고, 피해자 회사가 공소외 10 회사의 재무상태 등에 대한 실사나 투자 자문, 전망 분석 등도 거치지 않은 상태에서 피고인과 공소외 10 회사가 추진하는 유전개발사업 또는 원유거래사업에 거액의 투자금을 투자하는 것은 매우 이례적인 점, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서에서 정한 자금 대여나 초기 사업추진경비를 부담하면서 담보 제공이나 투자금을 회수할 수 있는 별도의 방안 등도 마련하지 않은 상태에서 거액의 자금을 투자할 만한 특별한 사정을 찾아볼 수 없는 점, 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용과 임원회 의사록의 기재 등을 종합하면, 피해자 회사가 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에서 정한 약정 내용과 달리 대여 형식으로 이 사건 금원을 피고인 또는 공소

외 10 회사에 투자하기로 하였다고 보기는 어렵다.

- ③ 한편 아래에서 보는 것과 같이 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 원유에 대한 지분과 판매, 수출 권한을 취득하지 못하여 조인트벤처 법인과 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약을 체결하였다고 보기 어려운 점, 피해자 회사와 피고인 또는 공소외 10 회사 사이에 원유거래사업과 관련한 초기 사업추진경비의 규모를 협의하거나 합의하였다고 인정할 만한 정황이나 객관적인 자료가 없는 점, 이 사건 부속계약서 제3조 제2항에서 정한 방법으로 공소외 10 회사와 피해자 회사의 공동명의 계좌를 만들어 이 사건 금원을 관리하지도 않은 점, 이 사건 금원 전부가 원유거래사업을 위한 추진경비로 사용되었다고 볼 만한 객관적인 자료도 없는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 금원이 공소외 10 회사 또는 조인트벤처 법인이 원유거래계약을 체결한 것을 전제로 한 대여금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 지급된 것이라고 할 수도 없다.

(다) 공소외 13 회사, IP와의 원유거래계약 체결 여부

- ① 피고인은 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약을 체결한 후 2008. 4.경 조인트벤처 법인 명의로 공소외 13 회사와 쿠르드 오일 매매계약(증 제11호증의 1)을 추진하였으나, 계약 체결에는 이르지 못하였다.

- ② 한편 조인트벤처 법인과 IP를 대리한 공소외 31 회사 사이에 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서[증 제11호증의 2(공판기록 2권 799~804쪽), 증 제106호증]가 작성되기는 하였다.

그러나 피고인은 2008. 4. 28. 공소외 31을 통해 영국령 버진아일랜드에서 IP를 설립하여 실질적으로 지배하였고(증 제104호증의 1, 2, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), IP는 공소외 13 회사와는 달리 실제 유전개발 사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부 또는 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 개발사업을 위하여 피고인이 주도하여 설립한 페이퍼컴퍼니에 불과한 것으로 보인다.

증인 공소외 31의 당심 법정진술(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽)도 이에 부합한다.

- ③ 또한 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약의 주요 내용은, 'IP가 2008. 5. 12. 쿠르드 자치정부(KRG)와 체결한 계약서'에 따라 이라크 쿠르드 지역에서 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 보장받았음을 전제로 하여 'IP가 조인트벤처 법인에 2009년부터 2019년까지 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 IP에 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 14억 9,000만 달러를 송금'하기로 약정한 것이다.

그런데 IP는 2008. 5. 12. 이라크 쿠르드 자치정부와 사이에 SOC 컨소시엄의 사업 추진과 관련한 확약서(CONFIRMATION, 증 제105호증의 1)를 작성하였을 뿐이고, 위 확약서는 미화 80억 달러의 SOC 프로젝트 자금을 조달하는 것을 전제로 하고 있으며, IP가 참여할 구체적인 생산물분배계약이나 그 지분, 해당 광구나 유전 등이 특정되어 있지 않고, 쿠르드 자치정부가 위 확약서에 따라 IP에 기존 생산물분배계약에 참여할 권한을 부여하거나 지분을 이전하는 계약을 체결하거나 IP가 이라크 지역의 생산 원유에 대한 판매 등 권리에 관한 계약을 체결하였다고 인정할 자료는 없다.

또한 ㉠ IP와의 위 매매계약서에 의하더라도, IP는 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 원유수출 허가를 얻지 못하였고, 조인트벤처 법인과 IP가 이를 인지한 상태에서 계약하는 것임을 명시하고 있으며, ㉡ 위 매매계약의 근거가 된 IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12.자 확약서의 내용은 기존의 생산물분배계약에 제3자로서 참여할 수 있는 권리를 향후 이전해 주겠다는 것에 불과하여 이라크 쿠르드 지역에서 생산되는 원유에 대한 생산물분배계약(PSC)으로 보기도 어려우며, ㉢ IP와의 매매계약 조건이 공소외 13 회사와 추진했던 매매계약보다 단가, 대금지급 조건, 생산물분배계약의 체결 유무 등에서 더 불리함에도 위와 같은 매매계약을 체결하는 것은 거래실정에 비추어 쉽게 이해하기 어렵고, ㉣ IP는 위 매매계약 이후에도 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산하는 원유 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못하였을 뿐 아니라, ㉤ IP를 대리한 공소외 31은 공소외 13 회사와의 원유거래계약을 추진하는 과정에서 조인트벤처 법인을 위하여 자문을 하여 왔는데, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 위 매매계약을 체결하면서 IP를 대리하는 것도 이례적이다.

이러한 사정들에 비추어 보면, 조인트벤처 법인과 IP 사이의 2008. 5. 24.자 쿠르드 오일 매매계약서가 작성될 당시 IP가 이라크 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분이나 권리를 취득하였다고 볼 수 없어 실제 원유거래를 하거나 판매, 수출할 수 있는 상황도 아니었으므로, 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에서 예정한 원유거래계약이 체결된 것으로 보기 어렵다.

오히려 피고인으로서 위 확약서에 따른 SOC 프로젝트 자금 조달을 확보하거나 또는 실제로 원유거래계약이 체결된 것처럼 가장하여 피해자 회사로부터 자금을 차용하기 위하여 자신이 실질적으로 각각 설립하여 지배하는 조인트벤처 법인과 IP 사이에 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들기 위하여 위 매매계약서를 작성하였을 가능성도 충분히 있다.

④ 피고인은 IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서가 작성된 때로부터 이틀 후인 2008. 5. 26.경 피해자 회사에 추가 자금을 요청하였는데, 만일 IP와 사이에 원유거래계약이 체결되었다면 피고인으로서 피해자 회사에 추가 자금을 요청하는 과정에서 원유거래계약이 체결되었음을 적극적으로 알리고, 공소외 25도 이를 피해자 회사의 임원회 등에 보고하였을 것으로 보이는데, 당시 공소외 25가 피해자 회사에 보고하기 위해 작성한 보고서(증거기록 2권 1501쪽) 등에는 위와 같은 원유거래계약의 체결에 관한 기재가 나타나지 않는다.

⑤ 또한 공소외 31은 당시 법정에서 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약의 체결 경위에 관하여, 'IP는 실제로 피고인이 가지고 있는 회사이므로, 내가 피고인으로부터 원유거래계약을 체결할 권한을 위임받아 IP를 대리하여 계약을 체결하였다', '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다', '위 계약을 체결하는 과정에서 공소외 25와 원유 단가 등에 관하여 교섭하지 않았다.

당시 공소외 25와 함께 서명하였는지 여부도 기억나지 않는다'는 취지로 진술하였다(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 27, 31, 33 내지 35쪽). 위와 같은 진술에 비추어 보면, 공소외 25와 피해자 회사가 IP와의 위 매매계약 체결이나 원유 단가 등 중요한 계약조건에 대한 교섭에 직접적으로 관여하지 않은 것으로 보이며, 공소외 31이 당시 법정에서 '조인트벤처 법인의 소유자이자 실질적인 운영자는 피고인이었던 것으로 알고 있어, 피고인의 지시를 받았다'고 진술하고 있는 점(당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 33쪽)을 더하여 보면, 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서는 사실상 피고인의 지시에 따라 작성되었을 개연성이 높다.

⑥ 한편 조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에는 조인트벤처 법인을 대표한 공소외 25 명의의 한자 서명이 있기는 하다.

이에 대하여 공소외 25는 위 매매계약서에 서명한 사실이 없고 위 매매계약서가 위조되었다는 취지로 주장하나, 공소외 25는 원심 법정에서 "피고인이 2008. 5.경 '원유거래계약을 체결하고 싶은데, 공소외 10 회사나 피고인 명의로 하는 것은 문제 되므로 조인트벤처 법인 명의로 체결하는 것에 사인해 주면 좋겠다'고 하여 서명했던 기억이 있다.

다만 그 계약서가 IP 관련 계약서인지는 모른다.

"라고 진술한 점(공판기록 2권 893쪽), 당심의 국립과학수사연구원에 대한 필적감정촉탁 결과에 따르면 '조인트벤처 법인과 IP의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서상 공소외 25의 서명과 공소외 25가 한 다른 문서의 서명 사이에는 숙련도 및 일부 자획의 연결상태 등에서 일견 유사성이 있으나, 감정대상 문자가 단 1개소에 기재되어 동일성 여부를 명확히 알 수 없다'고 판단한 점 등에 비추어 보면, 증거기록에 나타난 공소외 25의 한자 서명 필체와 위 매매계약서의 서명 필체의 유사성 비교나 공소외 25의 위 원심 법정진술과 당심 증인 공소외 31의 '공소외 25가 위 매매계약서에 서명하였는지 기억나지 않는다'는 취지의 진술만으로는 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조된 것이라고 단정하기 어렵고, 달리 위 매매계약서의 공소외 25 서명이 위조되었다고 인정할 뚜렷한 증거는 찾아볼 수는 없다.

그러나 설령 공소외 25가 IP와의 위 매매계약서에 서명하였다고 하더라도, 앞서 본 것과 같이 IP는 피고인이 주도하여 설립하고 실질적으로 지배하는 회사로서, 그 설립 경위와 피고인과의 관계, 조인트벤처 법인의 설립 경위와 시기, 피고인이 조인트벤처 법인의 설립에 대하여 공소외 25 등과 구체적으로 논의하였다고 볼 만한 자료는 없는 점, IP와의 위 매매계약 체결 과정, 위 매매계약서 작성 당시 IP가 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유의 지분을 취득하지 못한 상태였던 점 등에 비추어 보면, 그러한 사정만으로 이 사건 부속계약에서 예정한 이라크 지역에서 생산되는 원유에 대한 거래계약이 체결되었다고 볼 수 없고, 오히려 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 공소외 25가 위 매매계약서에 형식적으로 서명하게 되었을 가능성도 충분히 있다.

(라) 이 사건 부속계약 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따른 투자금 등 지급의무 유무

앞서 본 것과 같이 조인트벤처 법인과 IP 사이에 이 사건 부속계약서에서 예정한 원유거래계약이 체결되었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 부속계약서 제2조 제1항, 제3조 제1항에 따라 피해자 회사가 대여금 또는 초기 추진사업경비 등을 지급할 의무는 발생하지 아니하였고, 피해자 회사가 피고인 또는 공소외 10 회사에 형식적인 외화자금차입계약을 하여 이 사건 금원을 투자하기로 하였다고 인정할 만한 객관적인 자료는 없다.

(3) 이 사건 금원이 외화자금차입계약서에 따른 차용금인지 여부

(가) 공소외 25의 피해자 회사에 대한 보고서와 피해자 회사의 임원회 의사록 내용 등으로부터 알 수 있는 이 사건 금원의 지급 경위 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 요청으로 외화자금차입계약에 따라 공소외 10 회사의 주식을 담보로 피고인 또는 공소외 10 회사에 이 사건 금원을 대여한 것으로 봄이 타당하다.

- ① 공소외 25는 2008. 3. 26. 피해자 회사의 임원회에 이 사건 부속계약서와는 별도로 원유거래계약의 체결을 전제로 외화자금차입계약서를 작성하여 대여하고, 담보를 제공받는 점 등을 보고하고, 피고인 측에서 스스로 작성한 외화자금차입계약서를 첨부하였으며(증거기록 2권 1478쪽), 피해자 회사의 2008. 3. 26.자 임원회에서도 피고인과의 신뢰가 형성되지 않은 점을 고려하여 피고인 측이 요청한 금원 중 일부를 외화자금차입계약에 따라 대여하기로 하는 의결을 하였으며(증거기록 2권 1481쪽), 원유개발사업이나 원유거래사업에 대한 투자에 관한 논의는 없었던 것으로 보인다.

피해자 회사는 위 의결에 따라 2008. 3. 31.자 외화자금차입계약서를 작성한 후 2008. 3. 31. 미화 230만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63, 124, 527쪽).

- ② 공소외 25는 2008. 5. 26. 피해자 회사의 임원회에 '피고인이 피해자 회사와의 외화자금차입계약서에 의하여 당초 미화 1,000만 달러를 대여해 달라고 요청했으나 피해자 회사가 일부만 자금을 대여해 추가 자금이 더 필요하다고 한다.

현재 피고인이 진행 중인 사업들이 잘 되면 향후 조인트벤처 사업에 도움이 된다.

미국 멕시코만 가스전 판매대금의 입금이 6월경에 되므로 그 시점이면 담보제공이 가능하다.

피해자 회사 임원회를 설득하여 대여금 지급을 부탁하며 담보는 추후에 반드시 제공하겠으니, 피고인을 믿고 금원을 대여하여 달라고 요청하고 있다'고 보고하였고(증거기록 2권 1501쪽), 피고인은 피해자 회사에 미화 800만 달러의 대여에 관한 외화자금차입계약서 초안을 보냈다(증거기록 2권 1504~1511쪽).

이에 대하여 피해자 회사의 2008. 5. 26.자 임원회에서는 '피고인에게 이전에 송금한 대여금에 대한 담보제공이 되어 금번 요청의 대여금 미화 800만 달러에 대한 담보가 확실히 확보되었을 경우에는 미화 800만 달러의 대여금 실행이 가능하다.

단, 담보제공이 투자 유치와의 관련으로 불가능하다면 대여금은 일부 한정하여 송금하되 금번 대여금은 3,800만 엔으로 한다'는 내용의 의결을 하였고(증거기록 2권 1503쪽), 피해자 회사는 위 의결에 따라 외화자금차입계약서를 작성한 후 미화 800만 달러를 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 124, 537쪽, 2권 1512~1519쪽).

- ③ 이와 같이 공소외 25는 피고인으로부터 추가적인 자금 제공 요청이 있을 때마다 피해자 회사에 피고인의 요청사항과 사업 추진 현황, 담보제공 지연 이유 등을 상세하게 보고하였고(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽), 피해자 회사는 임원회에서 피고인의 요청 사항을 검토하여 담보가 제공되지 않은 사정을 감안하여 일부 금원만을 대여하기로 하는 등 의결을 거친 후 이 사건 금원에 대한 각 외화자금차입계약서를 작성하였고, 이에 따라 이 사건 금원을 공소외 12 회사 명의의 계좌로 송금하였다(증거기록 1권 63 내지 122, 124, 537쪽, 2권 1499, 1503, 1538쪽 등).
- ④ 피해자 회사는 공소외 12 회사 명의의 계좌로 자금을 이체할 때마다 내부적으로 대여일자, 금액, 상환시기, 이율, 이자 금액 등을 구체적으로 기재하여 관리하고, 장부에도 대여금으로 회계 처리하였는데, 이는 작성된 외화자금차입계약서의 내용이나 피해자 회사 계좌의 거래내역과도 일치한다(증거기록 1권 63 내지 122, 568 내지 570, 580 내지 591쪽 등).

(나) 피고인은, 외화자금차입계약서는 피해자 회사의 내부적 의사결정을 위해 형식적으로 작성된 것이라는 취지로 주장한다.

그러나 ① 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원의 성격과 구체적인 지급 경위 등에 관한 피고인의 진술이 일관되지 아니하고, 객관적인 정황 등과도 부합하지 아니하여 그대로 믿을 수 없으며, ② 이 사건 조인트벤처계약서 및 부속계약서에는 향후 추진할 원유거래사업에 관한 기본적인 사항만 규정하고 있을 뿐, 구체적 계획이나 일정, 원유거래사업 추진에 따른 구체적인 수익 산정기준이나 수익 분배절차 등을 정하고 있지 않고, ③ 이 사건 금원을 최초 지급할 당시 피고인의 유전개발사업의 전망도 불투명하고 원유거래사업에 관한 구체적인 계획 등도 마련되어 있지 않은 상태에서, 형식적으로 외화자금차입계약서를 작성하여 거액을 투자하거나 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비를 지급하는 것은 쉽게 이해하기 어렵다.

따라서 피고인의 위 주장은 받아들일 수 없다.

(다) 또한 피고인은, 피해자 회사가 파친코 사업 등을 하는 회사로 해외 투자를 할 수 없어 대여 형식을 취할 수밖에 없어서 피해자 회사 측의 요청으로 형식적인 외화자금차입계약서를 작성하였다는 취지로 주장한다.

그러나 피해자 회사가 이 사건 금원을 피고인 측에 지급함에 있어 피고인의 주장과 같은 해외 투자 또는 송금 제한 등의 문제가 있었다거나 공소외 25와 피해자 회사가 피고인 측에게 먼저 형식적인 외화자금차입계약서의 작성을 요청하였음을 뒷받침할 만한 객관적인 자료나 정황은 찾아볼 수 없다.

오히려 ① 피고인이 공소외 25를 통해 피해자 회사에 자금을 요청할 때마다 스스로 외화자금차입계약서 초안에 대여금액, 대여자 이름, 작성 일자 등을 공란으로 하여 서명한 후 팩스로 피해자 회사에 보내고, 피해자 회사에서 대여금액 등을 확정하여 완성된 외화자금차입계약서를 피고인에게 건네주는 방식으로 외화자금차입계약서를 작성한 점(증거기록 2권 1262, 1504, 1527쪽 등, 공판기록 1권 123쪽, 당시 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), ② 피고인이 2008. 8. 1.경에는 공소외 25에게 팩스로 외화자금차입계약서를 보내면서 2008. 8. 28.까지 대여금을 반드시 상환하겠다는 내용의 상환확약서까지 작성하여 함께 보내기도 한 점(증거기록 2권 1526쪽), ③ 앞서 본 것과 같은 이 사건 금원을 지급할 무렵 공소외 25의 피해자 회사 임원회에 보고한 내용과 피해자 회사의 임원회 의사록 내용을 비롯한 이 사건 금원을 지급할 당시의 상황 등을 종합하면, 피고인이 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 원유거래계약을 체결하지 못한 상태에서 피해자 회사에 유전개발사업 등을 추진하기 위한 자금 조달을 위하여 대여를 요청하고, 외화자금차입계약서에 따라 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 차용한 것으로 보일 뿐이다.

2) 기망행위 및 편취의 범의 유무

가) 제1 원심의 판단

피고인은 제1 원심에서도 이 부분 항소이유와 동일한 취지로 주장하였고, 이에 대하여 제1 원심은 기망행위와 편취의 범의를 인정하기 위한 판단 기준에 관하여 실시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실과 사정들을 종합하면, 피고인이 피해자 회사로부터 이 사건 금원을 지급받을 당시 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 없었을 뿐 아니라, 채무가 과다하고 이라크 쿠르드 지역 유전개발사업의 성공 여부도 불투명하여 차용금을 변제할 의사나 능력이 없다는 것을 미필적으로나마 인식하고 있었다고 판단하였다.

(1) 제3자에 대한 유전개발사업 관련 제1, 2차 한국컨소시엄 지분권 양도계약

피고인이 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 이라크 쿠르드 지역 유전개발권 중 공소외 10 회사의 참여 지분 5%를 공소외 15 회사에 주기로 약정하였는데, 2007. 10. 30.경 공소외 15 회사에 위 65억 원 중 변제하지

못한 45억 원과 그 지연손해금을 2007. 11. 23.까지 상환하기로 하면서 '이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일 및 가스 등 사업의 진행에 있어 10월 이후에 추진 결정되는 컨소시엄에 공소외 113 회사공소외 32 대표이사 또는 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 취지의 확약서를 작성해 준 점, 피고인은 위 금원 중 35억 원을 상환하지 못하여 공소외 15 회사가 2007. 12. 21. 피고인을 고소(2007년 형제151554호)하고 2007. 12. 24. 약정금 청구소송(서울중앙지방법원 2007가합113149)을 제기한 점과 위 고소사건과 민사소송의 진행 경과, 한편 피고인이 2008. 6.경 공소외 34 회사 명의로 공소외 16 회사 대표이사 공소외 33과 '공소외 37 회사 컨소시엄 지분 5% 참여 권리'를 공소외 16 회사에 양도하면서 대금 130억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받기로 하는 권리양수도계약을 체결하였고, 이에 따라 공소외 16 회사로부터 계약금으로 수표 40억 원 및 25억 원 상당의 공소외 16 회사의 신주인수권리증을 교부받은 점, 위 권리양수도계약서 제10조 제2항에서 '2008. 8. 25.까지 공소외 16 회사가 공소외 37 회사 컨소시엄의 일원으로 확정되지 않았을 경우 본 계약은 해제된 것으로 하고, 공소외 34 회사가 이미 수령한 금액은 2008. 8. 26.에 양수인에게 즉시 반환하기로 한다'고 규정한 점, 공소외 16 회사는 2008. 8. 27. 공소외 34 회사에 이미 지급한 40억 원에 대하여 2008. 8. 29.까지 반환을 요구하였으나 피고인이 응하지 않자, 2008. 11. 28. 피고인을 사기 혐의 등으로 고소하였고, 피고인으로부터 40억 원을 반환 받고 고소를 취소함에 따라 위 고소사건은 2009. 6. 4. 혐의없음(증거불충분)으로 종결된 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여하기로 하고 자금을 빌리거나, 이 사건 금원을 차용하던 기간에도 제2차 한국컨소시엄 지분을 공소외 16 회사에 양도하기로 하고 자금을 빌렸다가 제대로 이행을 하지 못해 민·형사상의 문제를 겪었으며, 그 와중에 공소외 25와 피해자 회사를 상대로 원유사업 참여권을 주겠다고 유인하여 이 사건 금원을 차용한 것으로 보인다.

(2) 제3자에 대한 공소외 10 회사 주식의 담보 제공

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 그 담보로 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식(2007. 3. 19. 종가 기준 65억 원의 150% 해당분)을 제공하기로 약정하였고, 공소외 15 회사에 공소외 34 회사가 보유하는 공소외 10 회사 주식 150만 주를 양도담보로 제공하기로 하는 내용의 2007. 3. 20.자 주식양도담보에 관한 인증서를 작성한 점, 2007. 5.경에는 공소외 15 회사가 위 주식양도담보 약정을 근거로 보호예수기간이 끝나 피고인에게 반환된 공소외 10 회사 주식을 압류한 점, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 피고인이 보유하던 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하고 공소외 18로부터 총 127억 원을 차용하기도 한 점, 한편 피고인이 공시한 2007. 6. 8.자 임원·주요주주 특정증권 등 소유상황보고서, 2007. 7. 2.자 공소외 10 회사 주식 등의 대량보유상황보고서(일반)에 따르면, 피고인은 2007. 6. 6. 공소외 10 회사 주식 747,729주를, 2007. 7. 2. 같은 주식 2,617,729주를 보유하고 있는 것으로 공시하였고, 공소외 18에게 위와 같이 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공한 후에도 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서에 의할 때, 2007. 12. 31.경 기준으로 공소외 10 회사 주식 중 피고인이 2,617,729주를, 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있다고 공시한 점, 피고인의 수사기관에서 한 공소외 18에 대한 고소 경위 등에 관한 진술 등에 비추어 보면, 피고인은 2007. 6. 29.경부터 같은 해 9. 20.경까지 공소외 18에게 공소외 10 회사 주식 325만 주를 담보로 제공하였고, 2008. 1.경에는 이미 공소외 18이 담보로 받은 공소외 10 회사 주식 중 상당수를 임의로 매도하였음을 알고 있었음에도 피고인과 공소외 34 회사의 공소외 10 회사 보유주식 수량이 종전과 변동 없다고 공시하였는데, 위와 같은 2007년 감사보고서의 피고인과

공소외 34 회사 보유주식 수량은 믿기 어렵다.

(3) 피고인의 이 사건 금원 지출 내역

피고인이 2008. 8. 5. 및 2008. 12. 3. 로펌 ○○○○○○○에 조인트벤처 법인 설립에 관한 자문료로 지출한 9,102,430원은 공소외 25나 피해자 회사가 조인트벤처 법인 설립을 몰랐던 것으로 보이는 이상 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

피고인이 공소외 13 회사와 파트너십 계약 및 지분 인수계약을 체결한 것도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보이지 않으므로, 피고인이 2008. 4.경 공소외 13 회사 방한 접대비비용으로 지출한 54,883,219원, 2010. 10.경 공소외 13 회사와 원유 및 가스탐사 생산에 대한 파트너십 계약 및 공소외 13 회사 인터내셔널의 지분 2%를 인수하는 계약을 체결하면서 지출한 54억 250만 원도 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 볼 수 없다.

또한 피고인이 2007. 12.경부터 2013. 3.경까지 바지안 광구 탐사비용으로 지출한 6,616,851,619원은 제1차 한국컨소시엄 지분을 보유한 지위에서 지출하였다는 것인데, 피고인은 이 사건 금원을 차용하기 전 이미 제1차 한국컨소시엄 지분에 대한 우선참여권을 공소외 15 회사에 부여한 상태였으므로, 이 부분 역시 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 것으로 보기 어렵다.

피고인이 2008년 출장비 및 교통비로 773,537,260원을 지출하였다고 하나, 공소외 25가 피고인과 함께 출장을 간 것은 이라크 4회, 일본 1회에 불과하고, 그 밖에 위 출장비 등이 모두 이 사건 조인트벤처 사업을 위한 비용인지 확인할 만한 자료도 찾을 수 없다.

(4) 피고인의 관련 형사사건 내역

피고인은 공소외 10 회사, 공소외 21 회사 등의 대주주 또는 주요주주로서 위 회사들을 실질적으로 지배, 운영하면서 위 회사들의 자금을 유용하고, 공소외 10 회사가 받아야 할 거액의 공사대금을 자신의 개인 회사인 공소외 34 회사와 공소외 12 회사로 송금하여 임의로 사용하였고, 공소외 21 회사로 하여금 아무런 변제자력이 없는 공소외 118 회사를 위하여 지급보증을 하게 하여 대출받은 다음 그 대출금을 자신의 개인 회사인 공소외 118 회사 등의 대출금 이자 납입을 위하여 사용하였는데, 위와 같은 피고인의 횡령·배임 범행으로 인한 공소외 10 회사의 피해액이 약 278억 원, 공소외 21 회사의 피해액이 약 121억 원에 이른다.

피고인의 위 공소외 10 회사에 대한 범행 중 미화 27,060,430달러(한화 26,329,144,226원)에 이르는 PPS 대금 관련 횡령 범행은 2007. 11. 22.경부터 2008. 11. 3.까지로서 이 사건 범행 시점과 상당 부분 겹친다.

결국 피고인은 이 사건 범행에 따라 피해자 회사로부터 금원을 교부받기 시작한 2008. 3. 31.경 무렵에도 공소외 10 회사의 상당한 자금을 횡령하고 있었으므로, 이라크 쿠르드 지역에서 광구 개발 및 원유거래를 추진하는 주체였던 공소외 10 회사는 피고인의 위와 같은 횡령 범행으로 재무적으로 취약한 상태였을 것으로 보인다.

한편 피고인은 위와 같은 자신의 횡령 등 범행을 숨기고 공소외 10 회사의 상장폐지를 피할 목적으로, 공소외 10 회사가 PPS 대금 미화 715만 달러를 수령한 것처럼 허위 공시하고 그 통장 거래내역을 변조하여 제출하였으며, 위 715만 달러의 입금 부분에 대한 금융감독원의 조사가 개시되자 공소외 10 회사의 다른 통장 및 거래내역을 재차 위·변조하여 금융감독원에 제출하기도 하였는데, 이러한 범죄사실과 앞서 본 사정들을 더하여 보면 공소외 10 회사의

감사보고서를 비롯한 공시 내용 전반의 신빙성에 의문이 든다.

나) 당심의 판단

제1 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사실들을 종합하여 보면, 제1 원심의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이와 같이 피고인의 편취의 범의와 기망행위를 인정한 제1 원심의 판단은 결론에 있어서 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 사기죄에 있어서 기망행위 및 편취의 범의에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

따라서 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장도 받아들이지 않는다.

(1) 이 사건 금원 차용 당시의 사업 추진 상황

피고인은 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분을 양도하여 유전개발사업을 추진할 수 없었고, 이를 통한 원유거래사업 등의 추진도 불확실하였으며, 그 사업 성과나 추진 실적도 없었다.

(가) 피고인이 실질적으로 운영하는 공소외 10 회사가 이 사건 금원을 차용하기 전인 2007. 11. 9. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄에 대한 참여 지분이 5%로 확정되었고, 2007. 11. 10. 바지안 광구에 대한 생산물분배계약(PSC)이 체결되었다.

또한 공소외 10 회사를 포함한 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 양해각서를 체결하기는 하였다. 그런데 제1, 2차 한국컨소시엄은 공소외 37 회사의 주도로 바지안 광구의 유전을 탐사, 개발하거나 사회간접자본(SOC) 건설사업과 연계하여 유전개발을 추진하는 것이었다.

공소외 10 회사가 제1차 한국컨소시엄 참여 지분을 보유하고 있거나 생산물분배계약이 체결되었더라도, 유전개발사업의 특성상 탐사, 개발에 상당한 기간이 걸리고 탐사 비용 등 많은 자금이 소요되는 등 단기간에 수익이 발생할 수 없고, 유전개발을 통한 원유거래사업을 하는 것도 기대하기 어려우며, 제2차 한국컨소시엄의 경우 쿠르드 자치정부와 양해각서만 체결된 상태에 불과하고, 이라크 중앙정부와 쿠르드 자치정부 사이에 유전 탐사개발, 원유 수출에 관한 승인 권한 등에 대한 다툼이 있었다.

(나) 피고인은 2007. 3. 19.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 공소외 15 회사에 '피고인이 공소외 36 회사 등과 함께 주도하는 이라크 지역 유전/가스전 탐사권 지분 5%를 부여하고, 2007. 4. 초경 이라크 유전/가스전에 대한 탐사권 계약을 체결하지 못하면 65억 원을 1개월 내에 상환하며, 그 이행을 담보하기 위하여 공소외 34 회사가 보유한 공소외 10 회사 주식을 제공'하기로 약정하였다(증거기록 2권 1317쪽). 피고인은 2007. 4. 9. 공소외 35 회사, 공소외 36 회사와 쿠르드 지역 소재 광구 등에서 원유와 가스의 탐사, 개발을 위한 양해각서를 체결하였으나(증 제 40호증의 2), 그 이후 탐사권 계약을 체결하지 못하였다.

이로 인하여 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 8. 29. 위 차용금 중 20억 원을 상환하였고, 2007. 10. 30.경 '나머지 차용금 45억 원의 원리금을 2007. 11. 23.까지 상환하고, 피고인이 쿠르드 지역과 이라크에서 진행 중이거나 향후 진행할 오일, 가스 및 기타 사업 등과 관련하여 10월 이후에 추진되는 컨소시엄에 공소외 15 회사가 참여를 원할 경우 우선참여권을 부여한다'는 내용의 확약서(증거기록 2권 1321쪽)를 작성해 주었다.

그런데 피고인은 공소외 15 회사에 2007. 11. 23.경 위 나머지 차용금 중 10억 원만을 상환하였을 뿐 이 사건 금원을 최종적으로 차용한 2008. 12.경까지 공소외 15 회사에 대한 나머지 차용금의 원리금을 상환하지 못하였으므로, 이 사건 금원을 차용할 당시 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분은 공소외 15 회사의 권리 행사에 따라 얼마든지 상실하거나 공소외 15 회사에 이전될 수 있는 상황이었고, 공소외 15 회사가 위 차용금과 관련하여 피고인을 사기 등으로 고소하였다고 하여 위 확약서에 따른 의무가 소멸되었다고 할 수도 없다.

(다) 또한 피고인은 이 사건 금원을 최초로 차용한 때로부터 얼마 지나지 않은 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사에 공소외 10 회사의 제2차 한국컨소시엄 참여 지분 5% 등을 155억 원에 양도하였으므로, 이로 인하여 이 사건 금원을 차용할 무렵에는 더 이상 공소외 10 회사를 통한 쿠르드 지역의 유전개발사업 참여가 어려운 상황이었다.

(2) 원유거래사업 등의 추진 노력 여부

피고인과 공소외 10 회사가 조인트벤처 법인을 통하여 원유거래사업을 추진하기 위하여 노력을 하였다고 보기도 어렵다.

(가) 공소외 13 회사와의 원유거래계약 체결 시도에 관하여

피고인과 공소외 25, 공소외 31이 2008. 4. 7.경 공소외 10 회사 사무실에서 공소외 13 회사 대표이사 등을 만났고, 조인트벤처 법인과 공소외 13 회사와 사이에 앞서 본 바와 같은 2011년부터 2019년까지 원유 2,500만 배럴을 매매하기로 하는 쿠르드 오일 매매계약서 초안이 작성되기는 하였다.

그러나 ① 피고인이 공소외 29를 통하여 2008. 4. 6.경 공소외 25에게 제공한 전략적 제휴계약서 초안(증거기록 2권 1486~1491쪽)의 내용과 공소외 31의 당심 법정진술 등에 비추어 보면, 공소외 25가 참석한 위 2008. 4. 7. 공소외 13 회사 측과의 회동이 조인트벤처 법인과 원유거래계약 체결을 위한 것으로 보이지 않고, ② 공소외 13 회사의 고문변호사인 공소외 38이 2008. 4. 23. 피고인을 자문하는 공소외 31에게 '공소외 10 회사와 피해자 회사의 연대책임에 관한 합작투자계약서, 공소외 25의 조인트벤처 법인 대표에 관한 위임장'을 요구하였는데(증거기록 2권 1223쪽), 공소외 31은 같은 날 공소외 38에게 '공소외 13 회사와의 거래를 이행하기 위하여 조인트벤처 법인을 설립하기로 결정하였다.

다만 조인트벤처에 대한 보증을 공소외 10 회사가 인정한다면 피고인이 배임행위로 책임을 질 상황이므로 합작투자에 대한 보증을 제공하는 것은 매우 어렵다'는 취지의 이메일을 보냈으며, ③ 공소외 31이 원심에 제출한 진술서(증 제 21호증)의 기재와 당심 법정진술에 의하더라도 '피해자 회사 측에서 지급보증 하는 방안은 논의된 적이 없고, 공소외 13 회사 측에서도 이를 요청하지 않았다'는 취지로 진술하였으며(공판기록 3권 1010쪽, 당심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 12쪽), ④ 피고인은 2008. 5. 1.경 공소외 25에게 공소외 13 회사와의 위와 같은 논의 사항을 이메일로 한차례 포워딩한 것 외에는 별다른 설명을 하지 않았고, 그 밖에 공소외 25와 피해자 회사 측에 구체적인 계약조건이나 협상 진행 경과 등을 알렸다고 볼 만한 자료를 찾아볼 수 없으며, ⑤ 공소외 25는 원심 법정에서 "이 이메일을 받았을 당시 공소외 29가 '공소외 10 회사와 피고인의 명의를 모두 쓸 수 없기 때문에 원유거래 과정에서 조인트벤처 법인의 이름을 쓰는 것일 뿐이니 신경쓰지 않아도 된다'고 말하였고, 이후 이에 관한 아무런 연락을 받지 못하여 그다지 관심을 갖지 않았다.

"라는 취지로 진술하였고(공판기록 1권 911쪽), ⑥조인트벤처 법인은 피고인의 지시로 공소외 31을 통해 2008. 4. 28.경 설립되었는데(증 제58호증), 조인트벤처 법인을 설립하는 과정에서 공소외 25와 상의하지 않은 것으로 보이는 사정 등을 종합하면, 공소외 13 회사는 원유거래계약의 주된 상대방을 공소외 10 회사로 인식하고 있었던 것으로 보이고, 피고인이 당초부터 조인트벤처 법인이나 피해자 회사와의 원유거래사업을 추진하기 위해 공소외 13 회사와 원유거래에 관한 협상을 한 것인지 의문이 들뿐 아니라, 오히려 공소외 10 회사가 공소외 13 회사와 파트너십 체결, 원유거래 등을 추진하는 과정에서 공소외 13 회사에서 공소외 10 회사의 거래대금 지급능력의 담보를 요구하자 조인트벤처 법인을 설립하여 원유거래계약을 추진하려고 하였을 가능성도 충분히 있다.

(나) IP와의 원유거래계약 체결에 관하여

- ① 조인트벤처 법인과 IP 사이에 2008. 5. 24.자로 'IP와 쿠르드 자치정부 사이의 2008. 5. 12. 계약서(PSC)에 근거하여, IP가 2019년까지 조인트벤처 법인에 2,500만 배럴의 원유를 판매하고, 조인트벤처 법인은 2008. 6. 25.까지 미화 1,000만 달러, 2008. 9. 30.까지 미화 1억 4,900만 달러를 송금'하는 내용의 쿠르드 오일 매매계약서가 작성되기는 하였다(공판기록 2권 799~804쪽).
- ② 그러나 ㉠ 앞서 본 것과 같이 IP는 2008. 4. 28. 피고인이 공소외 31을 통해 설립한 회사로서, 실제 유전개발사업 또는 원유거래사업을 하거나 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부와 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)을 체결한 회사도 아니며, 제2차 한국컨소시엄의 사회간접자본(SOC) 연계 유전개발사업 등을 위한 페이퍼컴퍼니이고, ㉡ IP가 쿠르드 자치정부와 체결하였다고 하는 '2008. 5. 12.자 계약서(PSC)'도 쿠르드 지역의 생산 원유에 관한 생산물분배계약(PSC)이 아니라 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러의 자금 조달을 전제로 향후 기존의 생산물분배계약에 참여할 수 있는 권리를 이전해주겠다는 내용에 불과하며, ㉢ IP와의 2008. 5. 24.자 위 매매계약서에 의하더라도 IP가 위 매매계약 체결 당시 이라크 중앙정부나 쿠르드 자치정부로부터 생산 원유에 대한 지분과 수출에 관한 권한을 얻지도 못한 상태였고, ㉣ 피고인과 공소외 10 회사 또는 IP가 위 SOC 프로젝트를 위한 미화 80억 달러를 조달할 수 있었다고 볼 만한 자료도 없던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 조인트벤처계약과 부속계약에서 예정한 이라크 지역의 생산 원유에 대한 거래계약을 체결한 것이라고 할 수 없고, 조인트벤처 법인을 실질적으로 지배하는 피고인의 요구로 원유거래계약이 체결된 것과 같은 외관을 만들어내기 위하여 형식적으로 작성된 계약서로 보일 뿐이다.

(다) 공소외 17 회사의 주식 매수 시도에 관하여

공소외 10 회사가 2008. 7. 31.경 공소외 39 측과 공소외 40 회사가 보유한 공소외 17 회사 주식 70%의 양수에 관한 자문계약을 체결하였는데, 피고인이 2008. 7. 30. 공소외 25에게 '조인트벤처 법인으로 자문계약 명의를 바꾸려고 하였지만, 우선은 공소외 10 회사 명의로 공소외 39 측과 계약하고, 추후 공소외 40 회사 측으로부터 권한을 받을 때 조인트벤처 법인으로 명의를 변경하겠다'는 내용의 이메일을 보내기는 하였다(증거기록 2권 1231, 1241~1245쪽).

그러나 공소외 17 회사 주식의 양수가 공소외 10 회사의 유전개발사업과 조인트벤처 법인의 원유거래사업을 추진하는데 어떤 관련이 있는지 의문이고, 피고인은 2008. 8. 1.경 피해자 회사에 추가로 자금 대여를 요청하였는데, 공소외 25는 2008. 8. 1. 피해자 회사의 임원회에 "피고인은 오늘 전화통화에서 '공소외 39의 중개로 공소외 40 회사, 공소외 17 회사 측과 교섭하고 있고, 조인트벤처 법인을 전면에 내세울 계획이다'고 말하였다.

"라는 취지로 보고하였으며(증거기록 2권 1524쪽), 피해자 회사가 2008. 8. 4. 피고인에게 1억 엔을 송금하였다.

이러한 사정들을 종합하면, 피고인이 조인트벤처 법인의 원유거래계약을 추진하기 위해 공소외 40 회사로부터 공소외 17 회사 주식을 매수하려고 시도하였다고 보기 어렵고, 오히려 피고인이 조인트벤처 법인을 공소외 40 회사와의 주식 매수와 무관한 자문계약 당사자로 변경하고 이를 공소외 25에게 알려 피해자 회사로부터 추가 자금을 조달하려고 하였을 가능성도 배제할 수 없다.

(3) 공소외 10 회사 주식의 담보 제공할 의사와 능력 유무

피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공하기 어려웠거나 이를 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하다.

(가) 피고인의 공소외 10 회사 주식의 보유 현황

① 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서(증 제5호증의 2)에 따르면, 공소외 10 회사의 주식은 2007. 12. 31.자 기준으로 피고인이 2,617,729주, 피고인이 100% 지분을 보유한 공소외 34 회사가 3,877,232주를 보유하고 있었다.

피고인은 2007. 3.경 공소외 15 회사로부터 65억 원을 빌리면서 위 주식 150만 주를, 2007. 6. 29.~ 9. 20.경 공소외 18로부터 127억 원을 차용하면서 위 주식 325만 주를 담보로 제공하였다.

② 이로 인하여 피고인은 위 감사보고서를 기준으로 이 사건 금원을 차용할 당시 사실상 보유한 공소외 10 회사 주식 중 위와 같이 담보로 제공한 주식을 제외한 1,744,961주(= 피고인 2,617,729주 + 공소외 34 회사 3,877,232주 - 공소외 15 회사 담보 제공 1,500,000주 - 공소외 18 담보 제공 3,250,000주)가량을 보유하였을 것으로 보인다.

그 밖에 피고인이 공소외 10 회사 주식을 제3자에게 추가로 담보 제공하거나 공소외 10 회사의 2007년 감사보고서의 기재가 허위라고 인정할 만한 객관적인 자료는 없고, 2008. 1.경부터 같은 해 6.경까지 공소외 10 회사 주가 변동, 위 주식의 보호예수기간과 그 수량 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 이 사건 금원을 차용할 당시 담보로 제공할 공소외 10 회사의 주식을 보유하지 못하였다고 단정할 수는 없다.

(나) 피고인이 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사나 능력이 있었는지 여부

그러나 아래와 같은 사정들을 종합하면, 피고인이 이 사건 금원을 차용하면서 피해자 회사에 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의사가 없었다고 봄이 타당하고, 이를 담보로 제공할 수 있었는지도 의문이다.

① 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인에게 여러 차례 담보를 제공하라고 요구하였으나, 피고인은 그때마다 검찰 조사를 받고 있고, 다른 기업들로부터 투자가 순조롭게 진행되는 중인데 상장회사인 공소외 10 회사의 주식을 담보로 제공하면 투자유치에 어려움이 있으므로 조금만 기다려 달라고 하였다', '내가 피고인의 변명을 전달하여 임원회를 설득하였다'는 취지로 일관되게 진술하였다(공판기록 1권 104쪽, 2권 888~897, 922~924쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 63쪽).

② 공소외 25가 피해자 회사의 임원회에 보고한 내용(증거기록 2권 1497, 1501, 1524, 1548쪽)도 공소외 25의 위 진술에 부합하고, 피해자 회사의 임원회 의사록에 따르면, 피해자 회사가 피고인으로부터 담보를 제공받지 않은 사정을 고려하여 피고인이 요청한 자금 중 일부만을 피고인에게 대여하기로 의결하기도 한 점, 피고인은 이 사건 금원을 차용할 무렵 공소외 15 회사로부터 사기 등 혐의로 고소를 당하여 조사를 받고 있었던 점 등에 비추어 보면, 공소외

25의 위 진술은 충분히 신빙할 수 있다.

또한 피고인은 이미 공소외 15 회사와 공소외 18에게 차용금에 대한 담보로 공소외 10 회사 주식 475만 주를 제공한 상태여서 이 사건 금원에 대하여 담보를 제공하게 되면, 사실상 보유하는 공소외 10 회사 주식의 대부분을 차용금에 대한 담보로 제공하는 결과가 되는데, 이로 인하여 경영상의 어려움 등이 발생할 수도 있었던 것으로 보이므로, 과연 이 사건 금원에 대하여 실제 공소외 10 회사 주식을 추가로 담보 제공할 수 있었을지 의문이 든다.

- ③ 피해자 회사는 당초 약정한 주식을 담보로 제공받지 않은 상태에서 피고인에게 추가로 금원을 대여하였으나, 그러한 사정만으로 피해자 회사로서는 이 사건 자금을 대여하면서 담보를 제공받지 않기로 약정하였다거나 담보를 제공받을 의사가 없었다고 할 수 없고, 앞서 본 사정들에 비추어 보면 피해자 회사가 피고인의 검찰 수사 등을 이유로 한 유예요청을 신뢰하고, 향후 공소외 10 회사 등을 통해 유전개발사업이 추진되거나 원유거래계약이 체결될 것으로 기대하였기 때문으로 보인다.
- ④ 한편 피고인은 이 사건 금원을 차용한 이후에도 공소외 10 회사 주식을 전혀 담보로 제공하지 않았고, 경찰 제3회 피의자신문 당시부터 당심에 이르기까지 이 사건 금원의 성격에 관하여 이 사건 조인트벤처계약 및 부속계약에 따른 투자금 내지 원유거래사업을 위한 초기 사업추진경비 명목으로 받은 것이며, 형식적으로 외화자금차입계약을 작성하고 지급받은 것에 불과하여 공소외 10 회사 주식을 담보로 제공할 의무가 없고, 공소외 25와 피해자 회사로부터 담보제공 요구도 없었다고 진술하거나 주장하고 있을 뿐이다.

(4) 피고인이 이 사건 금원을 변제할 자력이 있었는지 여부

(가) 피고인과 공소외 10 회사는 앞서 본 것과 같이 이 사건 금원을 차용할 당시 제1, 2차 한국컨소시엄의 이라크 지역에서 추진하는 유전개발사업 외에도 호주 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 42 회사와 조인트벤처 법인을 설립하여 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업 등을 추진하고 있기는 하였다.

(나) 공소외 10 회사는, ① 2007. 11. 6. 공소외 10 회사의 제1차 한국컨소시엄 참여 지분이 5%로 정해졌고, 그 탐사비용 분담금으로 2007. 12.경 공소외 37 회사에 미화 150만 달러, 2008년에 미화 866,917달러를 송금한 것을 비롯하여 2013년경까지 미화 5,836,667달러(66억여 원)를 지출하였으나, 바지안 광구의 상업적 가치가 없어서 그 개발사업이 중단되었고, ② 공소외 10 회사가 포함된 제2차 한국컨소시엄은 2008. 2. 14. 쿠르드 자치정부와 사회간접자본(SOC) 건설사업 연계 8개 광구 개발에 관한 양해각서를 체결하였으나, 그 이후 공소외 37 회사와 참여사들의 협의가 결렬되어 2008. 11.경 공소외 37 회사 단독으로 위 사업을 추진하게 되었다.

(다) 공소외 10 회사는 2008. 4. 9. 호주의 철광석 회사인 공소외 41 회사와 '특수목적법인(조인트벤처 또는 SPC)을 설립하여 아시아지역에 철광석을 판매하고, 공소외 10 회사가 공소외 41 회사에 호주화 5억 달러 상당의 지분을 투자하고, 호주화 45억 달러 상당의 장기부채(LTDP)를 제공'하는 내용의 합의각서(Memorandum of Agreement)를 작성하였으며(증 제72호증의 1), 피고인의 주장에 의하더라도 2008. 2. 5.부터 2010. 1. 8.까지 자문료로 18억여 원과 급여로 호주화 8,184만여 달러 등을 지출하였다(증 제73호증의 1 내지 4).

(라) 공소외 10 회사는 2007. 3. 7. 공소외 42 회사와 조인트벤처계약(증 제75호증의 1)을 체결하고 미국 멕시코만의 유전/가스전 탐사 개발사업을 추진하였는데, 피고인의 주장에 의하더라도 2008년까지 미화 625만여 달러를 투자하였

고, 개발 광구로부터 미화 101만여 달러만이 입금되었다.

(마) 피고인은 이 사건 금원 차용 당시 공소외 98 회사에 대하여 차용금 중 35억 원의 원리금을 상환하지 못하고 있었고, 2008. 6. 20.경 공소외 16 회사와 아직 확정되지도 않은 제2차 한국컨소시엄 참여 지분에 관한 양도계약을 체결하고 계약금 등으로 40억 원을 받았는데, 2008. 8. 27. 위 계약금의 반환을 요구받고 이를 반환하지 못하여 2008. 12. 3.경 사기 등 혐의로 고소되었다.

(바) 공소외 10 회사의 2007년과 2008년의 재무제표(손익계산서)상 손익은 아래표와 같고(증 제78호증의 1), 공소외 10 회사의 매출액 중 대부분(94.6~98.6%)은 쿠르드 자치정부와 관련하여 발생하였는데, 2007년과 2008년에는 100억 원 이상의 순손실이 발생하였고, 그 외의 사업에서는 별다른 매출이 발생하지 않았으며, 향후 지속적인 투자가 필요한 상태였다.

?2008년(단위: 천원)2007년(단위: 천원)매출총이익9,097,32940,692영업이익(손실)(7,234,234)(14,512,906)영업외 비용 10,047,937441,174당기순이익(손실)(16,043,948)(12,683,315)미처분이익잉여금(미처리결손금)(492,290,444)(33,246,495)

한편 공소외 10 회사, 공소외 34 회사, 공소외 21 회사 등은 2007년경부터 쿠르드 지역에서 이동식 발전설비(PPS) 공사를 비롯하여 리조트 건설공사 등을 하였는데, 2008. 10.경 공사 지연과 공소외 10 회사의 공소외 43 회사에 대한 대금 미지급 등의 문제로 이동식 발전설비 공사가 중단되기도 하였다.

(사) 이러한 사정들을 종합하면, 피고인과 공소외 10 회사가 추진하던 사업 중 이라크 쿠르드 지역에서의 이동식 발전설비, 건축 공사 등을 제외하고는 실질적으로 매출이나 수익이 발생할 수 있는 사업은 거의 없었다.

오히려 피고인과 공소외 10 회사가 이 사건 금원 차용 당시 추진하거나 추진 중인 다른 사업의 경우 양해각서만 체결된 상태이거나 개발사업의 초기 단계에 불과하여 향후 상당한 자금이 지속적으로 투자되어야 하는 상황이었고, 사업의 특성상 투자 성과나 수익의 발생 여부도 불확실하였을 뿐만 아니라 단기간 내에 매출 및 수익이 발생하기도 어려운 상태였으며, 이로 인하여 피고인이 그 무렵 공소외 10 회사의 자금 등을 횡령하기도 하였다.

또한 피고인의 주장에 의하더라도 이 사건 금원을 비롯하여 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 조달한 자금의 상당 부분이 실질적인 각종 개발사업에 직접 투자되기보다는 사업추진을 위한 초기 자문료나 경비 등으로 상당 부분 지출되었다는 것인데, 과연 이러한 거액의 자문료나 경비 등의 지출이 각종 개발사업 등의 추진에 실제 필요하였는지, 개발사업 등의 추진과 관련성이 있는지, 실제 그 용도로 사용되었는지 등에 대하여 상당한 의문이 들고, 그 비용의 사용처 등을 객관적으로 확인하기도 어렵다.

더구나 피고인은 공소외 10 회사 등이 추진하는 개발사업에 투자할 자금을 조달하기 위하여 제1, 2차 한국컨소시엄 참여 지분 등 주요사업의 지분을 양도하거나 공소외 10 회사 주식 등을 담보로 제공하면서 차용하고 있는 상태였고, 2008. 5. 12.자 쿠르드 자치정부와 체결한 확약서에 따라 조달하여야 할 자금을 비롯하여 각종 사업추진을 위한 상당한 자금을 조달하여 투자하여야 할 상황이었던 사정 등을 더하여 보면, 피고인으로서 공소외 10 회사의 운영

자금과 추진하려던 각종 개발사업 등의 추진 경비 등을 조달하기 위하여 피해자 회사로부터 유전개발사업이나 원유거래사업을 위한 명목으로 이 사건 금원을 차용하였고, 공소외 10 회사의 추진 사업과 진행 정도, 사업내용, 재무구조 등에 비추어 보더라도 변제기에 이 사건 차용금을 정상적으로 변제할 자력이 없었다고 봄이 타당하다.

(5) 이 사건 금원의 사용 내역 등

(가) 피고인의 주장

피고인은 이 사건 금원을 외화자금차입계약에서 정한 차용 목적에 따라 호주 철광석 개발사업, 미국 가스전 개발사업 및 이라크 유전개발사업 등 해외 에너지사업에 모두 사용하였다는 취지로 주장한다.

(나) 이 사건 금원의 차용 목적과 사용 내역

- ① 피고인과 피해자 회사가 작성한 외화자금차입계약서에 따르면, 이 사건 금원의 차용 목적을 '원유 및 가스 관련 사업을 위한 쿠르드스탄 지역을 포함한 이라크 지역과 철광석 등 광물 자원 관련 사업을 위한 호주 및 오세아니아 지역 사업 등'으로 정하고 있기는 하다(제2조 제2항).

그런데 공소외 25는 원심 및 당심 법정에서 '피고인이 팩스로 금액, 대여자 이름, 명의, 날짜가 기재되어 있지 않은 서류를 보내주면 피해자 회사에서 이에 서명해서 외화자금차입계약서를 작성하므로, 피고인이 이와 같이 사용목적을 제한한 이유는 잘 모른다'고 진술하고(공판기록 1권 123쪽, 당심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 62쪽), 앞서 본 것과 같은 위 외화자금차입계약서의 작성 과정 등에 비추어 보면 외화자금차입계약서의 차용금 사용 목적은 피고인이 임의로 기재한 것으로 보인다.

- ② 한편 공소외 25가 수사기관에서부터 당심 법정에 이르기까지 피고인이 유전개발사업 또는 원유거래사업을 위한 자금 대여를 요청하여 외화자금차입계약에 따라 이 사건 금원을 대여하였다고 대체로 일관되게 진술하고 있고, 공소외 44의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술도 이에 부합하며, 피고인이 공소외 25와 피해자 회사에 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 다른 자원개발사업 등을 공동으로 추진하자고 제안하거나 이에 대하여 구체적인 논의를 한 적이 없는 점 등에 비추어 보면, 피해자 회사는 피고인의 대여 요청에 따라 이 사건 금원을 원유개발사업이나 원유거래사업에 사용하는 것으로 알고서 대여한 것으로 보이고, 피고인과 공소외 10 회사는 유전개발사업이나 원유거래사업 이외에 공소외 42 회사와 유전/가스전 탐사 개발, 철광석 등 광물 개발사업, 공소외 31에 대한 거액의 자문료, 공소외 40 회사와의 공소외 17 회사 주식 인수 협의를 위한 자문료 등의 용도로 지출하기도 한 것으로 보인다.

- ③ 그런데 외화자금차입계약서의 사용 목적은 피고인이 위와 같이 임의로 기재한 것으로 보이고, 피해자 회사가 외화자금차입계약서를 작성하거나 이 사건 금원을 대여하는 과정에서 이 사건 금원의 구체적인 사용 용도를 한정하거나 다른 용도로는 사용하지 못하도록 약정하였다고 볼 만한 정황도 없으므로, 피고인이 이 사건 금원을 유전개발사업이나 원유거래사업 이외의 용도에도 사용하였다고 하여 그러한 사정만으로 피해자 회사를 기망하였다거나 피고인에게 편취의 범의가 있다고 단정할 수는 없을 것이다.

그러나 피고인이 앞서 본 것과 같이 피해자 회사에 담보를 제공하거나 변제할 의사나 능력 없이 피해자 회사를 기망하여 이 사건 금원을 대여받은 이상 피고인이 주장하는 위와 같은 사정만으로 피고인에게 편취의 범의를 인정하는 데 지장이 없다고 할 것이다.

나. 제2 원심판결 중 유죄 부분에 대한 판단

1) 각 자본시장법위반의 점에 관한 판단

가) 2013. 7. 19.부터 같은 해 7. 22.까지 기간 중 주식 매도로 인한 보고의무 위반의 점에 대하여

(1) 인정 사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 2013. 3. 26.경 공소외 19, 공소외 20에게 2010. 11.경 차용한 금원 중 미지급금에 대한 담보로 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 252만 주(7.28%)를 제공하면서, '2013. 6. 30.까지 미지급금 전액을 상환하지 못할 경우 담보권을 실행, 매도하여 이를 회수하여도 이의 없다'는 내용의 담보제공확인서를 건네주었다.

(나) 공소외 21 회사는 2013. 3. 27. 회계감사인의 감사의견의 비적정설에 관한 조회공시 요구로 주식의 매매거래가 정지되었다.

그 후 공소외 21 회사는 2013. 4.경 회생절차 개시신청을 하여 2013. 5. 15. 서울중앙지방법원에서 회생절차 개시결정을 받았고, 회생절차 개시결정의 공시로 그 다음 날인 2013. 5. 16.부터 주식의 매매거래 정지가 해제되었다(증 제92호 증의 1, 2, 증 제93호증).

(다) 피고인은 위 담보제공확인서에서 정한 2013. 6. 30.까지 공소외 19 등에게 위 차용금의 미지급금을 전부 변제하지 못하였고, 2013. 7. 19. 공소외 21 회사에 대한 횡령, 배임 등의 범죄사실로 공소제기되었다.

공소외 21 회사는 2013. 7. 22. 대표이사인 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 인하여 다시 주식의 매매거래가 정지되었다(증 제94호증).

(라) 한편 공소외 19는 위 나머지 차용금을 변제받지 못하자, 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 2013. 7. 19. 41만 주, 같은 해 7. 22. 46만 주 합계 88만 주를 매도하였으나, 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 매도하지 못하게 되었다.

(마) 그 후 공소외 19는 2014. 2. 14. 피고인에게 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식에 관하여 '2013. 7. 23.부터 같은 달 24.까지 88만 주를 매각하였고, 현재 164만 주가 남아있다'는 내용의 문자메시지를 보냈다(증거기록 2권 891쪽).

(2) 구체적 판단

위 인정 사실과 제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들을 종합하여 보면, 피고인은 2013. 7. 22.경 공소외 21 회사 주식의 매매거래가 정지되었을 무렵에는 공소외 19 등이 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하여 그 주식 등의 총수의 100분의 1 이상 변동된 사실을 인식하고 있었다고 봄이 타당하므로, 피고인에게 위 주식 대량매도에 따른 보고의무위반의 점에 대한 고의가 있었음을 충분히 인정할 수 있고, 그 변동을 보고할 기대가능성이 없다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

(가) 피고인은 2011. 3. 30.경부터 공소외 21 회사의 대표이사로서 실질적으로 위 회사를 운영하여 왔고, 공소외 21 회사의 최대주주인 공소외 10 회사의 대표이사로도 근무하고 있었으므로(증거기록 2권 520, 521, 570, 571쪽 등), 공소

외 19 등에게 담보로 제공한 공소외 10 회사 소유의 공소외 21 회사 주식 비율과 주식 매도 비율에 따른 보고의무의 발생 등의 사정을 잘 알고 있었다.

(나) 피고인은 2013. 3. 26. 공소외 19 등에게 공소외 21 회사 주식 252만 주를 위 미지급금에 대한 담보로 제공하면서 위 미지급금을 2013. 6. 30.까지 전부 변제하지 못하면 담보로 제공한 위 주식을 매도하는 것에 동의하였는데, 위 약정기일까지 위 차용금의 미지급금을 변제하지 못하였으므로, 공소외 19 등이 2013. 7. 1. 이후에 위 주식을 매도할 것이라는 사정을 충분히 인식하고 있었다.

(다) 공소외 19는 금융감독원 조사 과정에서 "2013. 7. 1.경 이후 피고인이 채무를 변제할 수 없는 상황이었는데, 제가 주식을 매도하기로 결정하였고, 피고인에게 미리 말을 하면 주식을 매도하지 못하게 할 것 같아 주식을 매도하면서 피고인에게 이야기하였다.

그랬더니 피고인이 '별 수 없다'고 하였다.

"라고 진술하였고(증거기록 1권 126, 127쪽), 검찰에서도 '2013. 7. 22. 공소외 21 회사 주식의 거래가 정지된 이후 피고인에게 전화하여 왜 거래정지된 것인지 확인하고, 그때까지 매도한 주식에 대해서 얼마인지 이야기해주었다'고 진술하였다(증거기록 2권 882쪽). 위 진술에 공소외 19가 피고인으로부터 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하던 중 위 주식의 매매거래가 정지된 사정을 더하여 보면, 공소외 19로서는 2013. 7. 22. 위 주식의 매매거래 정지로 더 이상 공소외 21 회사 주식을 추가 매각하지 못하게 되었으므로, 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 경위와 사유 등을 확인하였을 것이고, 그 과정에서 담보로 제공된 공소외 21 회사의 주식의 매도와 그 수량 등을 이야기하였다는 공소외 19의 진술은 충분히 신빙할 만하다.

(라) 공소외 20도 검찰에서 "2013. 7.경 공소외 21 회사 주식을 매도할 당시 공소외 19로부터 '자신이 피고인에게 주식을 매도하겠다고 이야기하였다'고 전해 들었다.

"라고 진술하여(증거기록 1권 825쪽), 공소외 19의 위 진술에 부합한다.

(마) 한편 공소외 19는 검찰에서는 금융감독원 조사 당시와는 달리 '2013. 7. 19.경부터 공소외 21 회사 주식을 매도할 때 피고인에게 이야기를 하지 않았다'는 취지로 진술하기도 하였다(증거기록 1권 200, 201쪽).

그러나 앞서 인정한 것과 같이 공소외 19가 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식을 매도하는 과정에서 피고인의 횡령, 배임 등 혐의 발생으로 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 점, 공소외 19가 피고인에게 위 주식에 대한 매매거래가 정지된 사유 등을 확인한 점, 피고인으로서도 그 과정에서 공소외 19가 담보로 제공한 공소외 21 회사 주식을 매도한 사정을 알았거나 이를 확인하였을 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 공소외 19의 위 진술은 담보로 제공받은 공소외 21 회사 주식의 매도를 피고인에게 미리 알리지 않았다는 취지에 불과하고, 공소외 19가 위 주식의 매매거래가 정지된 후 피고인에게 전화하여 매매거래 정지사유 등을 알아보고, 구체적인 위 주식 매도의 사실을 알렸다는 검찰의 진술과 배치되는 것으로 보기 어렵다.

(바) 또한 공소외 19가 2014. 2. 14.경 피고인에게 공소외 21 회사 주식 88만 주를 매도하였다는 내용의 문자메시지를 보냈으나, 공소외 19의 검찰 진술 등에 비추어 보면, 이는 피고인이 공소외 21 회사 주식 매도와 관련하여 세부적인

현황을 요구하여 이를 정리하여 피고인에게 알려준 것으로 보일 뿐이고, 공소외 19가 위 문자메시지를 보낸 시기에 비로소 피고인에게 위 주식의 매도 수량 등을 알려주었다고 할 수 없다.

나) 2014. 2. 17.경 주식 보유로 인한 보고의무 위반의 점에 대한 판단

(1) 관련 법리

형법 제16조에 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.

이때 정당한 이유는 행위자에게 자기 행위의 위법 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적 능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었는데도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 한다.

이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다(대법원 2015. 1. 15. 선고 2014도9691 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014도 12773 판결 등 참조).

(2) 구체적 판단

제2 원심 및 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 따르면, 피고인은 공소외 10 회사와 공소외 21 회사의 대표이사로 각 재직하였고, 공소외 21 회사의 회생계획에 따라 공소외 10 회사의 회생채권이 출자전환된 사실과 이로 인하여 공소외 10 회사가 공소외 21 회사의 주식 2,029,060주(8.19%)를 보유하게 된 사실을 충분히 인식하고 있었고, 그 주식 보유상황을 금융위원회와 거래소에 보고하지 아니하였으므로, 피고인에게 이 부분 주식의 대량보유 보고의무 위반으로 인한 자본시장법위반의 점에 대한 고의가 있었다고 인정할 수 있다.

또한 피고인이 항소이유로 주장하는 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 되어 주식을 보유하게 될 경우 대량보유 보고의무의 대상이 되는지 몰랐다는 취지는 단순히 법률의 부지를 주장하는 것에 불과하고, 회생계획에 따라 회생채권이 출자전환 된 경우에 주식의 대량보유 보고의무가 면제된다거나 이와 같이 해석할 만한 별다른 근거 규정 등도 없어서 피고인이 자신의 행위가 특히 법령에 의하여 허용되는 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한 경우라고 할 수 없다.

설령 피고인이 이와 같이 인식하였다고 하더라도 자신의 지적 능력을 다하여 자신의 행위의 위법 가능성을 회피하기 위한 진지한 노력을 기울였다고 볼 자료도 존재하지 아니하고, 피고인의 대표이사로서의 지위와 역할 등에 비추어 볼 때, 법률전문가인 사내변호사조차 회생계획에 따라 출자전환된 주식이 대량보유 보고의무 대상이 되는지 몰랐다는 사정만으로 위와 같이 인식함에 정당한 이유가 있다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 사실을 오인하거나 고의 및 위법성의 인식에 관한 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 아니한다.

2) 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점에 관한 판단 [2018고단4098 사건 중 공소외 22, 공소외 1, 공소외 23, 공소외 24(이하 '공소외 22 등 4명'이라 한다)에 대한 임금 및 퇴직금 미지급의 점 부분]

가) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 공소외 2 회사의 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점

사용자는 근로자가 사망 또는 퇴직한 경우에는 그 지급사유가 발생한 때부터 14일 이내에 임금, 보상금, 그 밖에 일체의 금품을 지급하여야 함에도,

피고인은 2011. 8. 8.경부터 공소외 2 회사에 근무하다가 2017. 3. 31. 퇴직한 근로자 공소외 1의 퇴직금 5,133,537원을 비롯하여 별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 기재와 같이 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 각 퇴직일로부터 14일 이내에 지급하지 아니하였다.

(2) 공소외 2 회사의 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점
사용자는 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 임금을 지급하여야 함에도, 피고인은 2004. 5. 27.경부터 공소외 2 회사에 근무해 온 근로자 공소외 23의 2016. 9.~2017. 6. 임금, 상여금 등을 비롯하여 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같이 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 임금정기지급일에 지급하지 아니하였다.

나) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실 및 사정들, 즉 ① 2017. 4. 10.경 공소외 2 회사 명의의 퇴직연금계좌에서 인출되어 공소외 22 등 4명에게 지급된 돈이 이 사건 범죄일람표에 기재된 미지급 임금 및 퇴직금에 해당하는 돈인지 알 수 없는 점, ② 공소외 22 등 4명이 퇴직연금 계좌에서 인출된 돈을 자신들의 미지급 임금 및 퇴직금 일부에 충당하려고 하자, 피고인은 즉시 공소외 22 등 4명에게 통지서를 보내 위 돈을 자신의 수협 계좌로 반환할 것을 지시하면서, 이에 응하지 않으면 가압류절차를 진행하는 등의 불이익을 줄 것임을 예고한 점, ③ 이에 공소외 22 등 4명은 이미 지급받았던 돈을 원래의 퇴직연금 계좌가 아니라 피고인 개인의 수협 계좌로 송금하였고, 이후 그 돈은 알 수 없는 용도에 사용되어 현재 남아 있지 않은 점, ④ 피고인 주장에 의하더라도 위 돈이 지급된 일자 정기임금지급일이나 퇴직일로부터 14일 이내의 시점이 아닌 점 등을 종합하여 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하여 오던 중, 2016. 11. 24. 서울중앙지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄 등으로 징역 5년 및 벌금 10억 원을 선고받고 구속되자, 이사 공소외 23을 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행으로 발령한 후, 공소외 23에게 지시하는 등의 방법으로 계속 공소외 2 회사를 운영하였다 [증거기록 3권 10, 15, 18쪽, 공판기록 3권 1305, 1321쪽 등].

(나) 공소외 2 회사의 임금 지급일은 매월 21일이고, 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들에 대한 임금 등을 지급하지 못하였으며, 이에 따라 근로자들이 고용노동부에 임금체불 등에 대하여 진정을 제기하였다.

(다) 공소외 2 회사의 회계업무 담당자인 공소외 45는 2017. 3. 30.경 공소외 22 등 4명을 포함한 노동조합에 가입하지 않은 퇴직자와 재직 근로자 등 총 7명의 근로자들의 미지급 임금, 퇴직금 등을 퇴직연금을 통해 퇴직위로금으로 지급하기로 하는 내용의 기안서(이하 '이 사건 기안서'라 한다)를 작성하였고, 이사 공소외 46, 공소외 47이 이 사건 기안서에 결재하고, 공소외 23이 2017. 4. 6. 대표이사 권한대행의 지위에서 이에 최종적으로 결재하였다.

이 사건 기안서 중 공소외 22 등 4명과 관련된 부분은 아래 표 기재와 같다(공판기록 3권 1354~1356쪽).

(단위: 원)대상자임금상여금연말정산 환급금개인연금 개인부담금퇴직금합계2016년 11월2017년 2월2017년 3월2017년 4월 2016년 9월(주33)2017년 1월(주34)공소외 223,421,9903,445,6703,992,890-3,118,8903,118,890308,080324,00049,367,77067,098,180공소외 12,612,6102,642,8402,646,790-2,557,6602,557,670544,320252,00019,976,27033,790,160공소외 234,617,0504,612,8904,612,8902,476,7102,476,710-582,290412,20087,121,790110,360,840공소외 244,142,1904,265,4504,160,2803,737,4503,757,270-1,486,900366,3006,939,15030,041,470

9월

1월

(라) 공소외 23은 이 사건 기안서에 따라 공소외 2 회사의 사용인감을 이용하여 신한은행과 우리은행의 공소외 2 회사 명의로 개설된 각 퇴직연금계좌에서 퇴직연금의 지급을 신청하였다(공판기록 3권 1355, 1358쪽 등). 이에 따라 신한은행과 우리은행의 각 퇴직연금계좌에서, ① 공소외 22에게 2017. 4. 10. 35,739,490원, 같은 달 12. 31,358,690원 등 합계 67,098,180원, ② 공소외 1에게 같은 달 11. 3,743,504원, 같은 달 12. 30,046,656원 등 합계 33,790,160원, ③ 공소외 23에게 같은 달 10. 68,656,288원, 같은 달 17. 41,704,552원 등 합계 110,360,840원, ④ 공소외 24에게 같은 달 10. 30,041,470원이 각 지급되었다(공판기록 2권 500, 501쪽, 3권 1359, 1361, 1362쪽). 또한 공소외 2 회사는 2017. 9. 1. 공소외 24에게 임금 명목으로 5,000,000원을 추가로 지급하였다(공판기록 3권 1387쪽).

(마) 피고인은 이에 대하여 2017. 5. 19.~6. 2.경 공소외 22 등 4명에게 이 사건 기안서에 따라 지급된 퇴직금 및 퇴직위로금 명목의 금원이 횡령으로 불법 인출된 것이라고 하면서 그 반환을 요구하였고, 이를 반환하지 않으면 고발하겠다는 취지의 통지를 여러 차례 보냈다(증거기록 1권 72, 73쪽, 공판기록 3권 1199~1201, 1203, 1204, 1207쪽).

(바) 이에 따라 ① 공소외 22는 2017. 6. 19. 17,730,410원, 같은 달 27. 13,833,623원 등 합계 31,564,033원, ② 공소외 1은 같은 달 16. 13,813,890원, 같은 달 26. 5,133,537원 등 합계 18,947,427원, ③ 공소외 23은 같은 달 19. 23,239,050원, 같은 달 27. 24,055,067원 및 1,710,900원 등 합계 49,005,017원, ④ 공소외 24는 같은 달 19. 23,102,320원을 공소외 2 회사 명의의 수협은행 계좌로 각 반환하였다(공판기록 4권 1790, 1791, 1793, 1795, 1796쪽).

(사) 한편 ① 공소외 1은 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 5. 29. 공소외 1에게 2017. 3. 31.까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 7 기재의 미지급 퇴직금 5,133,537원을 포함하여 합계 20,838,390원의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 5쪽), ② 공소외 22는 당초 2017. 3. 31.경 공소외 2 회사에서 퇴직하려 하였으나 대출 등 개인적인 사정으로 계속 근무하다가 2017. 11. 2.경 퇴직하였는데(증거기록 1권 4, 5쪽), 공소외 2 회사는 2017. 11. 2. 공소외 22에게 2017. 11.경까지 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재와 같은 내용의 임금체불확인서를 작성해 주었고(증거기록 1권 18, 58, 222쪽), ③

공소외 23과 공소외 24는 이 사건 공소제기 무렵까지 공소외 2 회사에서 계속 근무하였는데, 공소외 2 회사는 2017. 7. 21. 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 6.경까지의 별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 기재와 같은 내용의 미지급 임금 등 체불금액이 있다는 내용의 각 임금체불확인서를 작성해 주었다(증거기록 1권 56, 57쪽).

(2) 이 사건 기안서에 따른 미지급 임금, 퇴직금 등의 지급 효력

(가) 먼저 2017. 4. 10~4. 17.경 공소외 2 회사의 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 지급한 미지급 임금, 퇴직금 등의 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 피고인은 공소외 2 회사를 실질적으로 운영하다가 구속된 이후에는 공소외 23을 대표이사 권한대행으로 발령하여 공소외 2 회사를 계속 운영하여 왔고, 공소외 23이 공소외 2 회사의 대표이사 권한대행의 지위에서 이 사건 기안서를 결재한 다음 위 기안서에 따라 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 공소외 22 등 4명에게 지급된 금원이 당연 무효라거나 위법하게 지급된 것이라고 할 수 없다.

② 다만 공소외 23이 이 사건 기안서에 최종 결재권자로서 결재하고, 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하는 과정에서 피고인으로부터 명시적인 지시나 동의를 받지 아니한 것으로 보이기는 한다.

그러나 위 인정 사실과 제2 원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 ㉠ 공소외 2 회사는 피고인이 실질적으로 운영해 온 회사로서, 피고인이 구속된 후 피고인의 지시에 따라 공소외 23이 대표이사 권한대행으로서 최종적인 의사결정을 한 점, ㉡ 공소외 2 회사는 2016. 9.경부터 근로자들의 임금 등을 지급하지 못하였고, 근로자들이 고용노동부에 진정까지 제기한 상태였으며, 공소외 48이 수사기관에서 '피고인이 서울 강남세브란스 병원에 입원했을 당시 근로자들의 체불임금을 2017. 3. 초에 지급하고, 퇴직금은 2017. 3. 31.까지 청산하겠다고 하였다'는 취지로 진술하기도 한 점, ㉢ 공소외 23이 이 사건 기안서를 최종적으로 결재하거나 위 기안서에 따라 공소외 22 등 4명에게 위 퇴직연금으로 미지급 임금 등을 지급할 당시, 피고인은 구속 집행정지 중 도주한 상태였으므로, 공소외 23이 피고인으로부터 위 퇴직연금을 통한 미지급 임금 등의 지급에 관하여 구체적인 업무 지시를 받을 수 없었던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 비록 공소외 23이 피고인의 명시적인 지시나 동의 없이 이 사건 기안서에 따라 위 퇴직연금으로 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급하였더라도 이를 대표이사 권한대행의 권한을 넘는 것이거나 그 권한을 남용한 것으로서 당연 무효 또는 위법하다고 단정할 수 없고, 달리 위 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 효력이 없다고 인정할 만한 자료가 없다.

(나) 다음으로, 공소외 22 등 4명이 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환한 효력에 대하여 살펴본다.

① 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22 등 4명이 위와 같이 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급받은 후 피고인의 반환 요구와 고발 의사 표명 등으로 그중 일부를 각 반환하였는데, 공소외 22 등 4명이 위 지급받은 금원 중 일부를 반환한 것은 횡령 등 불법적인 원인으로 지급된 것임을 인정하는 취지가 아니라, 피고인의 고발 의사의 표명, 퇴직 여부 등으로 인한 법적 분쟁 발생을 피하기 위해 그중 일부를 반환한 것으로 보인다.

- ② 따라서 이러한 사정만으로 2017. 4.경 공소외 22 등 4명에게 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급한 것이 당연무효나 위법한 것으로 된다고 할 수 없고, 위와 같이 지급받은 금원을 일부 반환하였다더라도 이에 대한 반환청구권의 행사 또는 퇴직일 등에 근로자들에게 지급하여야 할 미지급 임금 등 청산금액을 산정하는 데 영향을 미칠 수 있음은 별론으로 하고, 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 미지급 임금, 퇴직금 등을 지급함으로써 근로기준법 및 퇴직급여보장법에 따라 근로자들에게 퇴직일로부터 14일 이내 또는 정기지급일에 임금, 퇴직금 등을 지급하였는지 여부에 대한 판단에 영향을 미치지 않는다고 할 것이다.

(다) 이하에서는 공소외 22 등 4명에 대한 임금, 퇴직금 등의 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점, 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점의 공소사실에 대하여 각 근로자별로 살펴보기로 한다.

- (3) 퇴직 근로자 공소외 1, 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급으로 인한 근로기준법위반 및 퇴직급여보장법위반의 점[별지 범죄일람표 (5) 연번 6, 7 부분]에 대한 판단

(가) 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 1은 2017. 3. 31. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 3. 31.로부터 14일 이내에 퇴직금을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 2 회사는 공소외 1이 퇴직한 2017. 3. 31.로부터 14일 이내인 2017. 4. 11.~4. 12.에 공소외 2 회사 퇴직연금계좌의 퇴직연금으로 공소외 1에게 퇴직금 전부를 지급하였다고 봄이 타당하다.
- ② 다만 공소외 1은 피고인의 금원 반환 요구와 고발 의사의 표명 등으로 지급받은 금원 중 일부를 반환하게 되었고, 이에 따라 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재와 같이 2017. 5. 29. 당시를 기준으로 결국 퇴직금 중 5,133,537원을 지급받지 못한 결과에 이르렀으나, 앞서 본 것과 같이 공소외 1에게 2017. 4. 11.~4. 12. 임금, 퇴직금 등의 지급이 유효하고, 위 금원 중 일부를 반환한 경위 등에 비추어 보면, 위 금원 중 일부를 반환한 사정만으로는 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 이내에 퇴직금 지급의무를 이행하였다는 행위 자체에 영향을 미치지 않는다.
- ③ 따라서 공소외 1에 대한 2017. 5. 29.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 1에게 퇴직일로부터 14일 내에 위 퇴직금을 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기 어렵다.

(나) 공소외 22에 대한 임금, 퇴직금 등 미지급의 점에 대한 판단

- ① 공소외 22는 2017. 11. 2. 공소외 2 회사에서 퇴직하였으므로, 공소외 2 회사는 근로기준법 제36조, 퇴직급여보장법 제9조에 따라 퇴직일인 2017. 11. 2.로부터 14일 이내에 임금, 퇴직금 등을 지급할 의무가 있는데, 위 인정 사실에 따르면, 공소외 22는 2017. 4. 10.~4. 12. 이 사건 기안서에 따라 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 명목으로 19,730,410원 및 퇴직금 명목으로 49,367,770원 등 합계 67,098,180원을 지급받았고, 피고인의 반환 요구 등으로 공소외 22가 2017. 6. 19.과 같은 달 27. 위 금원 중 31,564,033원을 반환하였으며, 공소외 2 회사는 위 반환금을 퇴직

금 반환으로 회계처리하였다.

- ② 위 인정 사실에 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하려다가 2017. 11. 2.까지 재직하게 된 점, 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원은 공소외 22가 2017. 3. 31. 퇴직하는 것을 전제로 산정되었고, 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 부분과 퇴직금 부분이 구분되어 있는 점 등을 더하여 보면, 공소외 22는 이 사건 기안서에 따라 지급된 금원으로 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등은 모두 지급받았다고 봄이 타당하다.

다만 공소외 22는 이 사건 기안서에 따른 금원을 지급받을 당시에는 아직 퇴직하지 않은 상태였으므로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 퇴직금을 지급할 의무가 발생하지 않았고, 그 무렵 공소외 22의 자유로운 의사에 기한 퇴직금 중간정산 요구 또는 공소외 22와 공소외 2 회사 사이에 퇴직금 중간정산에 관한 합의가 있었다거나 그 밖에 공소외 22에 대하여 퇴직급여보장법 제8조 제2항, 같은 법 시행령 제3조 등에 따른 퇴직금 중간정산 사유가 있다고 인정할 증거도 없는 이상, 위 금원의 지급만으로는 공소외 22에 대한 퇴직금 선지급이나 퇴직금 중산정산금 지급으로서의 효력은 없다고 할 것이다.

또한 공소외 22가 이 사건 기안서에 따라 지급받은 금원 중 일부만 반환하고 남은 나머지 35,534,147원(= 지급받은 금액 67,098,180원 - 반환금액 31,564,033원)을 보유하고 있었고, 이로 인하여 공소외 2 회사가 공소외 22에 대하여 위 나머지 금원에 대한 반환청구채권이 있다고 하더라도, 공소외 22가 자유로운 의사로 공소외 2 회사와 위 나머지 금원을 퇴직 당시까지 발생한 미지급 임금, 퇴직금 등에 충당하기로 하거나 위 반환청구채권과 상계하기로 하였다고 합의하였다고 인정할 만한 증거가 없으므로, 그러한 사정만으로 공소외 22에 대한 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금과 퇴직금에 대한 지급의 효력이 발생한다고 할 수 없다.

- ③ 따라서 공소외 22는 별지 범죄일람표 (5) 연번 6 기재 미지급 임금, 퇴직금 등 합계 58,881,135원(= 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등 19,022,012원 + 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 + 미지급 퇴직금 21,706,513원) 중에서 이미 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,012원은 지급받았고, 2017. 7.분 이후의 임금, 상여금 18,152,610원 및 퇴직금 21,706,513원 합계 37,174,622원을 지급기일 연장에 관한 합의 없이 퇴직일로 부터 14일 이내에 지급받지 못하였다고 봄이 타당하며, 공소외 22에 대한 2017. 11. 2.자 임금체불확인서의 기재만으로 공소외 2 회사가 공소외 22에게 2017. 3.분까지의 미지급 임금, 상여금 등을 퇴직일로부터 14일 내에 지급하지 않았다고 할 수 없고, 달리 검사가 제출한 나머지 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하다.

(다) 소결론

그렇다면 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 퇴직금 미지급으로 인한 퇴직급여보장법위반의 점과 공소외 22에 대한 2017. 3.분까지의 임금, 상여금 등 합계 19,022,0112원 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증거가 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 공소외 1에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 이유 있고, 공소외 22에 대한 부분의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

(4) 재직 근로자 공소외 23, 공소외 24에 대한 정기지급일 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반의 점[별지 범죄일람표 (6) 연번 2, 3 부분]에 대한 판단

(가) 구체적 판단

① 근로기준법 제43조 제2항에서는 임금을 매월 1회 이상 일정한 날짜를 정하여 지급하도록 정하고, 같은 법 제109조 제1항에서 이를 위반한 행위를 처벌하도록 정하고 있다.

이는 사용자로 하여금 매월 일정하게 정해진 기일에 근로자에게 근로의 대가 전부를 직접 지급하게 강제함으로써 근로자의 생활안정을 도모하려는 데에 입법 취지가 있으므로, 사용자가 어느 임금의 지급기일에 임금을 지급하지 아니한 경우에는 위 규정을 위반한 죄가 성립한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2013도7896 판결 등 참조)

② 위 인정 사실에 따르면, 이 사건 기안서에 따라 ㉠ 공소외 23은 2017. 4. 10.과 같은 달 17. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 합계 110,360,840원을 지급받은 후, 2017. 6.경 그중 49,005,017원을 반환하였고, ㉡ 공소외 24는 2017. 4. 10. 미지급 임금, 퇴직금 등 명목으로 30,041,479원을 지급받은 후 2017. 6.경 그중 23,102,320원을 반환하였고, 2017. 9. 1. 임금 명목으로 5,000,000원을 각 지급받았다.

③ 그러나 공소외 23, 공소외 24가 위와 같이 임금, 퇴직금 등 명목으로 위 각 금원을 지급받았더라도, 공소외 2 회사가 공소외 23, 공소외 24에 대한 임금, 상여금을 각 정기지급일인 해당 월의 21일에 각 지급하지 않은 이상 그 이후에 이를 일괄하여 지급하였더라도 정기지급일에 임금 미지급으로 인한 근로기준법위반죄가 성립하는 데 아무런 지장이 없다.

다만 이 사건 기안서에 따르면, 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.경 퇴직연금으로 지급된 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등이 모두 포함되어 있고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 기안서에 따라 임금 등을 지급한 것이 유효하며, 위 금원 중 일부를 반환하게 된 경위, 공소외 2 회사에서는 위 반환금을 퇴직금 반환으로 회계처리 한 사정에 비추어 보면 공소외 23, 공소외 24가 지급받은 금원 중 일부를 반환하였더라도 그로 인하여 정기지급일에 임금을 지급하였다는 행위 자체에 영향을 미치는 것은 아니므로, 이 사건 기안서에 따른 위 각 금원의 지급으로 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 4.분 임금은 정기지급일 전에 선지급되었다고 봄이 타당하다(한편 이 사건 기안서에 따라 지급된 위 각 금원에는 2017. 4.분까지의 임금, 상여금 등만 포함되어 있을 뿐, 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금이 포함되어 있지 않으므로 이 부분 임금까지 포함하여 선지급된 것으로 볼 수 없고, 그 이후 공소외 23, 공소외 24에게 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금을 각 정기지급일에 지급하였다고 인정할 자료가 없으며, 공소외 23, 공소외 24가 퇴직금 명목으로 지급받은 돈을 2017. 5.분과 2017.6.분 임금으로 지급받았다거나 공소외 2 회사와 그러한 합의를 하였다고 인정할 증거도 없다.

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 23, 공소외 24에게 위 각 금원이 지급된 사정만으로 2017. 5.분과 2017. 6.분 임금까지 각 정기지급일에 지급되었다거나 선지급되었다고 할 수 없다).

(나) 소결론

따라서 이 사건 기안서에 따라 2017. 4.경 공소외 49, 공소외 24에 대한 임금 등의 지급으로 2017. 4.분 임금에 한하여 정기지급일에 지급되었다고 봄이 타당하고, 공소외 49, 공소외 24에 대한 각 체불임금확인서의 기재만으로는 2017. 4.분 임금이 정기지급일에 각 미지급되었다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이 부분 공

소사실 중 공소외 49, 공소외 24에 대한 2017. 4.분 임금의 정기지급일 미지급 부분으로 인한 근로기준법위반의 점은 결국 범죄의 증명이 없다.

그럼에도 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단한 제2 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 있으므로, 이를 지적하는 피고인의 사실오인 및 법리오해 주장은 위 인정 범위 내에서 이유 있다.

3) 위계공무집행방해의 점에 관한 판단

가) 제2 원심의 판단

피고인은 제2 원심에서 이 부분 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였고, 이에 대하여 제2 원심은 교도관의 수용자 규율위반행위에 관한 일반적인 직무상 권한과 업무 및 이로 인한 위계에 의한 공무집행방해죄의 성립 여부에 관한 법리를 설시한 후, 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정할 수 있는 사실과 사정들, 즉 ① 피고인은 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들에게 변론활동과는 무관하게 수백만 원 정도의 보수를 주고 말상대가 되어주거나 수감생활 편의를 위한 잔심부름, 외부사람들과의 연락 및 재산관리 등을 해주는 소위 '집사변호사'로 활동하면서 수시로 접견신청을 해 줄 것을 제안하였고, 위 변호사들이 이를 승낙하여 공모한 점, ② 피고인은 위 변호사들을 통해 공소외 2 회사 및 공소외 50 회사 운영에 필요한 각종 지시사항을 전달하고 그에 대한 보고를 받음으로써 수감 중에도 사실상 회사 운영 및 재산관리를 별 어려움 없이 할 수 있었던 점, ③ 변호인 접견의 경우 교도관이 미결수용자와 변호인과의 접견에 대하여는 참여하거나 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못하고 다만 가시거리에서 감시할 수 있을 뿐이지만, 그 경우에도 소송서류 외의 물건은 현장에서 수수할 수 없도록 되어 있고, 또한 허가 없이 서신 등으로 다른 사람과 연락하지 못하도록 정한 구치소의 규율과 질서를 파괴하는 경우에는 미결수용자와 변호인과의 서신도 예외적으로 검열할 수 있는 점, ④ 일반적으로 구치소의 경우 접견하는 변호사나 수용자의 인원수에 비해 감시하는 교도관의 수가 턱없이 부족하고, 더구나 변호인 접견의 경우 일반접견과는 달리 행형법 규정에 따라 투명한 칸막이로 되어있는 접견실 밖에서 접견 중인 수용자를 시선 내 계호하고 금지물품 수수 및 전화통화 여부 등을 감시하는 방법으로 이루어지는 실정이어서 사실상 접견실에서 수용자들이 변호인을 통하여 허가 없이 서신 등으로 제3자와 연락하는 것을 적발하기가 매우 어려운 점, ⑤ 피고인은 이러한 사정을 잘 알면서도 이를 적극적으로 이용할 의도를 가지고, 위 변호사들을 이른바 '집사변호사'로 고용하여 수용생활의 편의를 도모한 점, ⑥ 피고인은 당시 다른 변호사들을 형사사건의 변호인으로 선임하고 있었고, 제2 원심 판시 범죄사실 기재 변호사들을 진행 중인 민·형사사건의 변호인이나 소송대리인으로 선임한 적이 없었던 점 등에 비추어 볼 때, 피고인의 행위는 단순한 규율위반행위의 정도를 넘어서서 구체적이고 현실적으로 호실통제 및 요시찰, 대기실, 동행(연출) 및 검신 업무를 담당하는 교도관들에 대하여 그들의 통상적인 업무처리과정에서 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 그 직무집행을 방해한 것이라고 판단하였다.

나) 당심의 판단

(1) 관련 규정

○ 형사소송법제34조(피고인, 피의자와의 접견, 교통, 수진)변호인 또는 변호인이 되려는 자는 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있다.

제91조(비변호인과의 접견, 교통의 접견)법원은 도망하거나 또는 죄증을 인멸할 염려가 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 때에는 직권 또는 검사의 청구에 의하여 결정으로 구속된 피고인과 제34조에 규정한 외의 타인과의 접견을

금하거나 수수할 서류 기타 물건의 검열, 수수의 금지 또는 압수를 할 수 있다.

단, 의류, 양식, 의료품의 수수를 금지 또는 압수할 수 없다.

○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(2017. 12. 19. 법률 제15259호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법'이라 한다)제1조(목적)이 법은 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모하고, 수용자의 처우와 권리 및 교정시설의 운영에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제3조(적용범위)이 법은 교정시설의 구내와 교도관이 수용자를 계호(戒護)하고 있는 그 밖의 장소로서 교도관의 통제가 요구되는 공간에 대하여 적용한다.

제41조(접견)① 수용자는 교정시설의 외부에 있는 사람과 접견할 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

(이하 생략)② 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 교도관으로 하여금 수용자의 접견내용을 청취·기록·녹음 또는 녹화하게 할 수 있다.

(이하 생략)제43조(서신수수)① 수용자는 다른 사람과 서신을 주고받을 수 있다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신의 수수금지 및 압수의 결정이 있는 때 2. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 3. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때② 제1항 본문에도 불구하고 같은 교정시설의 수용자 간에 서신을 주고받으려면 소장의 허가를 받아야 한다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신에 법령에 따라 금지된 물품이 들어 있는지 확인할 수 있다.

④ 수용자가 주고받는 서신의 내용은 검열받지 아니한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

1. 서신의 상대방이 누구인지 확인할 수 없는 때 2. 「형사소송법」이나 그 밖의 법률에 따른 서신검열의 결정이 있는 때 3. 제1항 제2호 또는 제3호에 해당하는 내용이나 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 때 4. 대통령령으로 정하는 수용자 간의 서신인 때⑤ 소장은 제3항 또는 제4항 단서에 따라 확인 또는 검열한 결과 수용자의 서신에 법령으로 금지된 물품이 들어 있거나 서신의 내용이 다음 각호의 어느 하나에 해당하면 발신 또는 수신을 금지할 수 있다.

1. 암호·기호 등 이해할 수 없는 특수문자로 작성되어 있는 때 2. 범죄의 증거를 인멸할 우려가 있는 때 3. 형사 법령에 저촉되는 내용이 기재되어 있는 때 4. 수용자의 처우 또는 교정시설의 운영에 관하여 명백한 거짓사실을 포함하고 있는 때 5. 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있는 때 6. 수형자의 교화 또는 건전한 사회복귀를 해칠 우려가 있는 때 7. 시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 있는 때제84조(변호인과의 접견 및 서신수수)① 제41조 제2항에도 불구하고 미결수용자와 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다.

이하 같다)과의 접견에는 교도관이 참여하지 못하며 그 내용을 청취 또는 녹취하지 못한다.

다만, 보이는 거리에서 미결수용자를 관찰할 수 있다.

② 미결수용자와 변호인 간의 접견은 시간과 횟수를 제한하지 아니한다.

③ 제43조 제4항 단서에도 불구하고 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없다.

제105조(규율 등)① 수용자는 교정시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부장관이 정하는 규율을 준수하여야 한다.

제107조(징벌)소장은 수용자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하면 제111조의 징벌위원회의 의결에 따라 징벌을 부과할 수 있다.

6. 그 밖에 시설의 안전과 질서유지를 위하여 법무부령으로 정하는 규율을 위반하는 행위?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행령(2017. 9. 19. 대통령령 제28296호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행령'이라 한다)제58조(접견)① 수용자의 접견은 매일(공휴일 및 법무부장관이 정한 날은 제외한다) 「국가공무원 복무규정」 제9조에 따른 근무시간 내에서 한다.

② 변호인(변호인이 되려고 하는 사람을 포함한다).

이하 같다)과 접견하는 미결수용자를 제외한 수용자의 접견시간은 회당 30분 이내로 한다.

③ 수형자의 접견 횟수는 매월 4회로 한다.

④ 수용자의 접견은 접촉차단시설이 설치된 장소에서 하게 한다.

다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 미결수용자(형사사건으로 수사 또는 재판을 받고 있는 수형자와 사형확정자를 포함한다)가 변호인과 접견하는 경우
2. 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 경우로서 교정시설의 안전 또는 질서를 해칠 우려가 없는 경우
제59조의2(소송사건의 대리인인 변호사와의 접견)① 제58조제2항에도 불구하고 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 시간은 회당 60분으로 한다.

② 수용자가 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 횟수는 월 4회로 하되, 이를 제58조 제3항, 제101조 및 제109조의 접견 횟수에 포함시키지 아니한다.

⑤ 제1항부터 제4항까지에서 규정한 사항 외에 수용자와 소송사건의 대리인인 변호사의 접견에 관하여 필요한 사항은 법무부령으로 정한다.

제62조(접견내용의 청취·기록·녹음·녹화)① 소장은 법 제41조제2항의 청취·기록을 위하여 다음 각호의 사람을 제외한 수용자의 접견에 교도관을 참여하게 할 수 있다.

1. 변호인과 접견하는 미결수용자 2. 소송사건의 대리인인 변호사와 접견하는 수용자
제64조(서신수수의 횟수)수용자가 보내거나 받는 서신은 법령에 어긋나지 아니하면 횟수를 제한하지 아니한다.

제65조(서신 내용물의 확인)① 수용자는 서신을 보내려는 경우 해당 서신을 봉함하여 교정시설에 제출한다.

다만, 소장은 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 법 제43조 제3항에 따른 금지물품의 확인을 위하여 필요한 경우에는 서신을 봉함하지 않은 상태로 제출하게 할 수 있다.

(이하 생략)② 소장은 수용자에게 온 서신에 금지물품이 들어 있는지를 개봉하여 확인할 수 있다.

제66조(서신 내용의 검열)① 소장은 법 제43조 제4항 제4호에 따라 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 수용자가 다른 수용자와 서신을 주고받는 때에는 그 내용을 검열할 수 있다.

(이하 생략)② 수용자 간에 오가는 서신에 대한 제1항의 검열은 서신을 보내는 교정시설에서 한다.

다만, 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 서신을 받는 교정시설에서도 할 수 있다.

③ 소장은 수용자가 주고받는 서신이 법 제43조 제4항 각호의 어느 하나에 해당하면 이를 개봉한 후 검열할 수 있다.

④ 소장은 제3항에 따라 검열한 결과 서신의 내용이 법 제43조 제5항의 발신 또는 수신 금지사유에 해당하지 아니하면 발신서신은 봉함한 후 발송하고, 수신서신은 수용자에게 교부한다.

제71조(참고사항의 기록)교도관은 수용자의 접견, 서신수수, 전화통화 등의 과정에서 수용자의 처우에 특히 참고할 사항을 알게 된 경우에는 그 요지를 수용기록부에 기록하여야 한다.

제101조(접견 횟수)미결수용자의 접견 횟수는 매일 1회로 하되, 변호인과의 접견은 그 횟수에 포함시키지 않는다.

?○ 구 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 시행규칙(2017. 8. 22. 법무부령 제907호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 형집행법 시행규칙'이라 한다)제214조(규율)수용자는 다음 각호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

9. 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 행위 15. 허가 없이 물품을 반입·제작·소지·변조·교환 또는 주고받는 행위
?○ 수용관리업무지침 (법무부 예규 제1027호)제117조(변호인 접견 시 소송서류 등 수수)① 변호인 접견 시 변호인과 수용자간에는 소송서류와 법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따른다.

② 제1항에 따른 소송서류를 수수하려고 할 경우에는 변호인접견실 근무자가 직접 접수하여 그 내용물을 확인한 후 송관계서류처리부에 등재하고 상대방에게 교부한다.

(2) 관련 법리

(가) 위계에 의한 공무집행방해죄는 공무원의 적법한 직무집행을 방해할 의사를 가지고 위계로써 공무원의 직무집행을 방해하는 죄를 말하는 것으로 여기서 '위계'라 함은 행위자의 행위목적은 이루기 위하여 상대방에게 오인, 착각 또는 부지를 불러일으켜 이를 이용하는 것을 의미한다.

위 관련 법령에 따르면, 수용자에게는 허가 없이 다른 사람과 만나거나 연락하는 등의 규율위반행위를 하여서는 아니 될 금지의무가 부과되어 있고, 교도관은 수용자의 규율위반행위를 감시, 단속, 적발하여 상관에게 보고하고 징벌에 회부되도록 하여야 할 일반적인 직무상 권한과 의무가 있다고 할 것인바, 수용자가 교도관의 감시, 단속을 피하여 규율위반행위를 하는 것만으로는 단순히 금지규정에 위반되는 행위를 한 것에 지나지 아니할 뿐 이로써 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고는 할 수 없지만, 구체적이고 현실적으로 감시, 단속업무를 수행하는 교도관에 대하여 위계를 사용하여 그 업무집행을 못하게 한다면 이에 대하여는 위계에 의한 공무집행방해죄가 성립한다고 할 것이다(대법원 2005. 8. 25. 선고 2005도1731 판결 등 참조).

(나) 헌법 제12조 제4항 및 제12조 제5항 제1문은 형사절차에서 체포·구속된 사람이 가지는 변호인의 조력을 받을 권리를 헌법상 기본권으로 명시하고 있다.

변호인의 접견교통권도 변호인의 조력을 받을 권리의 한 내용으로서 보장되는바, 여기에는 접견 자체뿐만 아니라 미결수용자와 변호인 간의 서류 또는 물건의 수수도 포함되고, 이에 따라 형사소송법 제34조는 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 신체구속을 당한 피고인 또는 피의자와 접견하고 서류 또는 물건을 수수할 수 있으며 의사로 하여금 진료하게 할 수 있도록 규정하였다.

그러나 이와 같은 변호인 또는 변호인이 되려는 자의 접견교통권은 신체구속 제도의 본래의 목적을 침해하지 아니하는 범위 내에서 행사되어야 하므로, 변호인 또는 변호인이 되려는 자가 구체적인 시간적·장소적 상황에 비추어 현실적으로 보장할 수 있는 한계를 벗어나 피고인 또는 피의자를 접견하려고 하는 것은 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니하여 허용될 수 없다.

다만 접견교통권이 그와 같은 한계를 일탈한 것이어서 허용될 수 없다고 판단함에 있어서는 신체구속을 당한 사람의 헌법상 기본적 권리인 변호인의 조력을 받을 권리의 본질적인 내용이 침해되는 일이 없도록 신중을 기하여야 한다(대법원 2007. 1. 31.자 2006모657 결정, 대법원 2017. 3. 9. 선고 2013도16162 판결 등 참조).

(3) 인정 사실

제2 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

(가) 변호사가 서울구치소에서 미결수용자를 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 접견(이하 '변호인 접견'이라 한다)하기 위해서는 이메일로 수용자 정보(수용번호, 성명, 사건명, 사건번호, 선임여부, 국·사선, 신청일시)와 변호인 정보(성명, 변호사신분증 발급번호, 변호사 등록번호, 소속 법률사무소, 주소, 전화, 생년월일) 등을 기재한 변호인 접견신청서를 제출하고, 변호사는 변호인 접견 당일 위 접견신청서 원본을 구치소 담당직원에게 제출하여 대조한 다음 미결수용자를 변호인 접견할 수 있다(증거기록 3권 457, 458쪽).

(나) 피고인은 2016. 11. 24. 공소외 10 회사의 자금 횡령 등으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄 등 [서울중앙지방법원 2013고합722, 2014고합1437(병합)]으로 법정구속되어 서울구치소에 수감되었고, 2017. 1. 4. 구속집행정지 결정으로 석방된 후 도주하였다가 2017. 4. 21. 재수감되었다.

피고인은 구속된 이후인 2016. 12. 22.경부터 2017. 9. 6.경까지 별지 범죄일람표 (9) 기재와 같이 47회에 걸쳐 공소외 51, 공소외 52, 공소외 53, 공소외 54, 공소외 55, 공소외 56 변호사(이하 '이 사건 접견변호사들'이라 한다)와 변호인 접견을 한 것을 비롯하여 총 379회에 걸쳐 이 사건 접견변호인들과 접견하였다(증거기록 3권 374쪽).

(다) 피고인은 당시 공소외 57 회사, 공소외 50 회사의 대표이사로서, 공소외 2 회사의 경우 대표이사가 별도로 선임되어 있었으나 공소외 23 등을 통해 실질적으로 운영하여 왔다.

피고인은 구속된 이후 공소외 57 회사 등 회사 직원들에게 매일 오전에 피고인을 접견하도록 하여 그 직원들에게 회사의 업무사항 등을 지시하였다.

또한 회사 직원들이 피고인을 일반 접견하는 경우에는 변호인 접견의 경우와는 달리 접견 횟수, 접견 시간과 장소, 방법 등에 제한이 있고, 서신 수수의 절차와 방법 등에도 차이가 있으므로, 피고인은 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58에게 피고인을 접견하기 위한 변호사를 고용하여 변호인 접견을 하도록 하고, 그 접견 과정에서 회사의 업무사항을 비롯한 개인적인 연락업무 등을 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무지시 등을 받아 전달하거나 처리하도록 지시하였다.

(라) 공소외 58은 피고인의 위와 같은 지시에 따라 이 사건 접견변호사들과 법률자문계약 등을 체결하거나 변호인 접견에 대한 대가를 지급하기로 하는 계약을 체결한 후, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인을 변호인 접견하도록 하였다.

공소외 58은 피고인의 지시에 따라 이 사건 접견변호사들의 피고인에 대한 변호인 접견의 횟수, 시기 등을 정하였고, 이 사건 접견변호사들 사이의 변호인 접견 일정을 조정하기도 하였으며, 이 사건 접견변호사들에게 변호인 접견신청서에 기재할 피고인의 형사사건 정보 등을 제공하기도 하였다.

(마) 한편 공소외 58 또는 회사 업무담당자는 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하기 전에 회사의 자금 집행, 인사 관리 등 회사 운영에 관한 사항을 비롯하여 피고인의 개인적인 연락사항 및 각종 문건 등 자료를 취합하여 이 사건 접견변호사들에게 이메일 등으로 전달하였다.

이 사건 접견변호사들은 사전에 서울구치소에 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 피고인에 대한 변호인 접견신청서를 제출하고, 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 58 등으로부터 전달받은 사항 등을 피고인에게 보고하거나 전달

하고, 피고인의 회사의 임직원들에 대한 업무 지시사항과 개인적인 연락사항 등을 메모하거나 컴퓨터를 이용하여 문서파일로 작성하였으며, 문건에 피고인의 지시사항 등을 수기로 받기도 하였다.

(바) 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인으로부터 받은 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 작성한 메모나 문건, 문서파일 등을 가지고 나온 후, 공소외 58에게 '피고인 전달사항' 또는 '피고인 지시사항' 등 제목으로 이메일로 보내거나, 휴대전화로 촬영한 보고문건 사진 등을 보내는 방법으로 전달하였다.

공소외 58 과장은 이 사건 접견변호사들로부터 받은 피고인의 업무지시, 개인적인 연락사항 등을 처리하거나 회사의 담당자들에게 전달하여 처리하게 하였다.

(사) 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 과정에서, ① 공소외 55 변호사는 공소외 57 회사 등과 법률자문계약을 체결하거나 피고인에 대한 범인도피교사 사건의 변호인 선임서를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 공판기일에 출석하거나 실제 변론을 한 적이 없었으며, 일부 접견신청서에 피고인에 대한 정보통신사업법위반 사건을 기재하기도 하였으나, 변호인 접견 당시에는 이미 위 사건의 변론이 종결된 상태였고, 실제 피고인과 정식으로 위 사건에 관한 선임계약을 체결하지도 않았으며, ② 공소외 51, 공소외 54 변호사는 피고인의 공소외 10 회사 자금의 횡령, 배임 등 사건에 관한 선임서를 작성하거나 이를 제출하였는데, 위 사건에 대하여 이미 별도로 변호인이 선임되어 소송을 수행하고 있었고, 위 사건의 기록을 검토하거나 또는 공판기일에 출석하여 변론 등을 수행하거나 위 사건의 변호인들과 사건에 관한 협의나 논의를 한 적이 없으며, ③ 공소외 53, 공소외 52, 공소외 56 변호사는 피고인과 관련된 사건에 대하여 사건 기록을 검토하거나 또는 공판에 출석하여 변론 등을 수행하거나 피고인의 사건에 관한 선임서 등을 작성, 제출한 적도 없고, 변호인 접견신청서의 선임 여부에 관하여 '선임'이라고 기재하기도 하였으나 정식으로 선임계약을 체결하지 않았다.

(4) 구체적 판단

위 인정 사실에 제2 원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래와 같은 사실과 그로부터 알 수 있는 사정들을 앞서 본 관련 법리에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 실제로는 수사 또는 재판 중인 사건에 관하여 변호인으로서 접견을 하는 것이 아니라 변호인 접견을 하는 것과 같은 외관을 만들어 회사 운영에 관한 업무를 비롯하여 개인적인 연락업무 등을 하게 하였고, 이는 변호인과의 접견교통권의 한계를 넘는 것으로 정당한 접견교통권의 행사에 해당하지 아니할 뿐 아니라, 수용자인 피고인이 교도관의 감시, 단속을 피해 금지규정에 위반하는 규율위반행위를 하는 것을 넘어서서 구체적이고 현실적으로 수용자에 대한 변호인 접견 업무와 서신 수수 등 수용자의 처우에 관한 교도관들의 직무집행을 방해한 것이며, 교도관들이 충실하게 직무를 수행하더라도 통상적인 업무처리 과정에서는 사실상 적발이 어려운 위계를 사용하여 직무집행을 방해하였다고 인정하기에 충분하다.

다만 제2 원심판결의 설시에 일부 적절하지 않은 부분이 있으나, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 제2 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인의 주장과 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해한 잘못이 없으므로, 피고인의 이 부분 사실오인 및 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

(가) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 접견교통권을 행사하는 외관을 갖추었으나, 실질적으로는 비변호인과의 접견 횟수와 시간, 접견 장소와 방법, 서신 수수 등의 제한이나 절차를 피하려는 부정한 의도나 목적이 있었다.

- ① 헌법 제12조 제4항 본문에서 변호인의 조력을 받을 권리를 기본적 인권으로 보장하고 있고, 형사소송법 제34조, 제89조, 제209조 등에서 변호인의 조력을 받을 권리를 보장한 취지를 실현하기 위하여 변호인 또는 변호인이 되려는 자(이하 '변호인'이라 한다)에게 피의자 등과 자유롭게 접견교통을 할 수 있는 법률상 권리를 인정하고 있다.

변호인의 조력을 받을 권리는 형사절차에서 피의자 또는 피고인이 검사 등 수사·공소기관과 대립되는 당사자의 지위에서 변호인과 사이에 충분한 접견교통에 의하여 피의사실이나 공소사실에 대하여 충분히 방어할 수 있도록 함으로써 피의자 등의 인권을 보장하려는 데 그 제도의 취지가 있고, 변호인의 접견교통권은 피의자 등의 인권보장과 방어준비를 위하여 필수불가결한 권리이다.

관련 법령에서는 미결수용자에 대한 접견을 변호인 접견, 소송사건의 대리인인 변호사 접견, 일반 접견으로 구분하는데, 특히 변호인 접견의 경우에는 접견의 횟수나 시간에 제한이 없고, 접견 장소, 방법, 교도관의 참여 여부, 접견 내용의 청취·기록·녹음·녹화 여부 및 서신 수수 등에 관하여 비변호인 접견과 달리 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인의 접견교통, 서신 수수 등에 대하여 제한을 완화하거나 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않는 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 조력을 받을 권리 및 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

- ② 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하면서 공소외 57 회사의 비서실 과장인 공소외 58 등으로부터 회사의 업무사항 등을 전달받아 피고인에게 보고하고, 피고인으로부터 업무 지시 등을 받거나 이를 문서파일 등으로 저장하여 공소외 58에게 전달하는 업무를 수행하였고(증거기록 5권 1289~1291, 1373, 1384, 1463, 1467, 1482~1485, 1524, 1525, 1559, 1563쪽 등), 위 업무 이외에 피고인에 대하여 수사 또는 재판 중인 사건에 변호인으로서는 실질적으로 관여하거나 이를 위한 변호 활동을 한 것은 거의 없다.
- ③ 공소외 57 회사의 법무팀 부장인 공소외 59, 법무실장인 공소외 60, 비서실 과장인 공소외 58은 수사기관에서 이 사건 접견변호사들이 피고인의 형사사건 변호인으로 정식으로 선임되거나 실제 변론 활동 등을 수행한 사실은 없고, 실질적으로는 피고인을 접견하여 회사 업무를 보고한 후 피고인으로부터 업무지시를 받아 전달하는 이른바 '접견변호사' 내지 '집사변호사'에 불과하였다는 취지로 일관되게 진술하였고(증거기록 5권 1270, 1271, 1278, 1394, 1395, 1403, 1404, 1409, 1540, 1545쪽 등), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술과 증인 공소외 51, 공소외 52의 각 일부 당심 법정진술도 대체로 위 각 진술에 부합한다.
- ④ 이 사건 접견변호사들과 공소외 58 등 회사 관련자들의 각 진술에 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역(증거기록 3권 374~384쪽)과 변호인 접견 방식, 변호인 접견 이후 조치사항, 피고인의 접견 시기, 횟수, 주기 및 공소외 58이 이 사건 접견변호사들의 접견 일정을 조율하기도 한 점 등을 더하여 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견을 한 것은 구금된 피의자 또는 피고인으로서 수사나 재판 중인 사건에 관

하여 변호인의 조력을 받기 위한 것이라고 할 수 없고, 이 사건 접견변호인들로서도 피고인의 변호인으로서 접견교통권을 행사한다는 의사나 인식이 있었다고 보기도 어렵다.

오히려 피고인은 구금된 미결수용자에 대한 관련 법령에 따른 접견 제한 등을 피하면서 회사를 운영하거나 개인적인 재산 관리 등을 하기 위한 부정한 의도로 이 사건 접견변호인을 고용하여 변호인 접견을 하도록 하였고, 실제 이 사건 접견변호사들이 피고인을 변호인 접견하는 기회를 이용하여 소송서류 외의 회사의 업무사항, 개인적인 연락사항 등을 보고하거나 업무지시 등을 전달받아 처리하였으므로, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 넘는 것이다.

- ⑤ 이에 대하여 피고인은, 이 사건 접견변호사들이 피고인의 구속집행정지 신청 관련 업무를 비롯하여 다른 민·형사사건에 관하여 상담 및 조언을 하거나 공소외 57 회사의 사내변호사로서 업무를 수행하는 등 변호인의 접견교통권을 행사하는 업무를 수행하기도 하였다는 취지로 주장한다.

위 인정 사실에서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관하여 선임서를 작성하여 수사기관 또는 법원에 제출하고, 의견서를 제출하기도 하였으며, 일부 변호사는 공소외 57 회사의 법무팀장으로 채용되어 회사와 관련된 업무를 수행하거나(증거기록 5권 1563쪽, 당심 증인 공소외 56에 대한 증인신문 녹취서 3~7쪽), 피고인에 대한 변호인 접견 과정에서 구속집행정지신청 사건이나 범인도피교사 사건 등에 관하여 상의를 하였다고 진술하기도 하였다(증거기록 5권 1462쪽, 당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 6, 7쪽).

그러나 위 인정 사실과 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 등에 비추어 보면, ㉠ 이 사건 접견변호사들이 법률자문계약을 체결하거나 위와 같이 선임서를 작성하여 수사기관이나 법원에 제출한 것은 피고인의 변호인으로 정식 선임된 것이 아니라 형식적으로 변호인 접견을 하는 외관을 만들기 위해 피고인의 지시 또는 요청으로 선임서를 작성하여 제출하거나, 미선임 변호사로서 계속 변호인 접견을 하는 것이 어려울 수 있다는 판단으로 이를 작성하거나 제출한 것에 불과하고, ㉡ 피고인에 대하여 수사나 재판 중인 사건은 이미 다른 변호인들이 선임되어 업무를 수행하고 있었고, 이 사건 접견변호사들이 이미 선임된 위 사건의 변호인들과 해당 사건에 대하여 논의를 하거나 협의를 하지도 않았을 뿐 아니라, 이 사건 접견변호사들이 정식으로 피고인의 수사나 재판 중인 사건에 관한 변호인으로 선임되거나 위 사건에 대하여 실질적인 소송 업무를 수행하지 않은 것으로 보이며(증거기록 5권 1292, 1523, 1731쪽), 이 사건 접견변호사들의 수사기관에서의 각 진술도 대체로 이에 부합하고, ㉢ 공소외 51 변호사는 수사기관과 당심 법정에서 피고인에 대한 구속집행정지 사건 등에 관한 업무를 하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 공소외 51이 수사기관에서 변호인 접견을 하게 된 경위와 선임서 작성 경위, 변호인 접견 과정에서 한 업무 내용 등에 대하여 구체적으로 진술한 점, 당심 법정에서 '접견 당시 피고인의 구속집행정지가 주된 목적이었다고 보기는 어렵고, 공소외 57 회사, 공소외 50 회사 관련해서 회사 업무를 진행해야 되는 상황이었기 때문에 회사와 관련된 일들을 보고하고, 그것에 대한 피고인의 의사결정 등을 외부에 전달해 주는 업무를 하였다'는 취지로 진술한 점(당심 증인 공소외 51에 대한 증인신문 녹취서 13, 14쪽), 피고인의 위 형사 사건에는 별도로 변호인이 선임되어 소송 수행을 하고 있었던 점, 공소외 51 변호사의 변호인 접견 시기(2017. 1. 2.경은 피고인에 대한 구속집행정지결정이 내려지기 이틀 전이고, 2017. 4. 28.경은 구속집행정지로 석방되었다가 재수감된 직후이다) 등에 비추어 보면, 위와 같은 진술만으로 공소외 51 변호사가 피고인을 변호인 접견을 하는 과정에서 변호인으로서 위 사건에 대한 업무를 실제 수행

하였다고 보기 어려우며, ㉠ 공소외 56 변호사는 2017. 8.경부터 공소외 57 회사의 법무팀장으로 근무하였으나, 그 이전에는 법무법인 씨티즌의 구성변호사로 활동하면서 대표변호사의 제안에 따라 피고인의 변호인 접견 업무를 담당한 점, 피고인을 변호인 접견한 후 공소외 58에게 보낸 이메일의 내용 등에 비추어 보면, 공소외 57 회사의 법무팀장으로서 수행한 업무는 이 부분 공소사실의 변호인 접견과는 별개로 이루어진 것으로 보이고, ㉡ 공소외 53 변호사도 수사기관에서 피고인에 대한 범인도피교사 사건에 관하여 피고인과 상의하였다는 취지로 진술하기도 하였으나, 위 사건에 대하여 변호인으로 선임되지 않았고, 위 사건의 기록을 검토하거나 공판 출석이나 변론에 관여한 적도 없을 뿐 아니라, 피고인의 지시사항을 회사 측에 전달하는 업무를 하였다는 취지로 진술하는 등(증거기록 5권 1463, 1468쪽 등)의 사정에 비추어 보면, 이 부분 공소사실 기재의 변호인 접견이 위 사건에 대하여 변호인의 조력을 받거나 변호인과의 접견교통을 위한 것이라고 할 수 없으며, ㉢ 그 밖에 공소외 58을 비롯한 공소외 57 회사의 직원들이 수사기관에서 이 사건 접견변호사들의 업무와 역할이 이른바 '집사변호사'로서의 업무였다고 일관되게 진술하고, 앞서 본 것과 같이 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견을 통해 피고인에게 업무보고를 하거나 업무지시를 전달하는 역할을 수행하였으며, 변호인 접견 이후의 조치사항 등을 더하여 보면, 이 사건 접견변호사들이 이 부분 공소사실에 기재된 변호인 접견 과정에서 피고인의 변호인으로서 피고인에게 조력하거나 접견교통을 행사한 것으로 보기 어렵다.

⑥ 이러한 사정들을 종합하면, 피고인은 이 사건 접견변호사들의 변호사라는 신분을 이용하여 비변호인 접견에 대한 제한, 서신 수수 절차 등을 피하려는 부정한 의도로, 이 사건 접견변호사들로 하여금 미결수용 중인 피고인과 접견교통권을 행사하는 것과 같은 외관을 만들어 피고인을 변호인 접견하도록 하였고, 이는 변호인의 접견교통권의 한계를 일탈한 것으로, 정당한 접견교통권의 행사라고 볼 수 없다.

또한 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 접견 과정에서 반입금지 물건의 반입 요청 등이 없었다고 하더라도 그러한 사정만으로 피고인에게 부정한 행위의 의도나 목적이 없었다고 할 수 없다.

(나) 피고인은 이 사건 접견변호사들과 변호인 접견하는 과정에서 구 행형법 등 관련 법령의 절차나 방법에 따르지 아니하고 소송서류 외의 문건, 회사의 업무나 개인적인 업무연락 등을 위한 서신 등을 수수하였다.

① 구치소와 같은 구금시설은 수용자를 일정 기간 구금시켜 외부접촉이 제한된 집단생활을 강제하는 시설로서 그 목적을 달성하기 위해서는 구금시설 내의 수용질서와 규율을 유지할 필요가 있는데, 수용자가 서신을 통해 다른 사람에게 위해를 가하거나 자해 또는 탈주를 하는 데 사용될 수 있는 물품 등을 반입·소지할 위험 등이 있으므로 일정한 경우 서신의 수수 자체가 제한되거나 검열의 대상이 되기도 한다.

다만 미결수용자와 변호인 간의 접견 시에는 예외적으로 소송서류 등을 비롯한 서신을 내용의 검열 없이 직접 수수하거나 정해진 수수 절차 등을 거치지 않고 수수할 수 있도록 하는데, 이는 변호인의 접견교통권을 실질적으로 보장하기 위한 것이다.

② 이 사건 접견변호사들을 고용한 경위, 이 사건 접견변호사들의 접견 내역과 접견 내용 및 변호인 접견 이후의 조치사항(증거기록 3권 477쪽 이하, 4권 1094쪽 이하, 5권 1416~1430쪽 등) 등에 비추어 보면, 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 관련된 것이 아니라 회사의

운영에 관한 업무보고, 업무지시를 하거나 개인적인 연락업무 등을 위한 것으로서, 변호인과의 정당한 접견교통권의 행사로서 변호인 접견 과정에서 수수한 소송서류나 변호인과의 서신으로 볼 수 없다.

오히려 피고인이 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 과정에서 수수한 문건 등은 그 작성 경위와 내용 등에 비추어 보면, 피고인과 공소외 57 회사, 공소외 50 회사, 공소외 2 회사의 임직원이나 피고인의 가족 등 변호인이 아닌 외부의 제3자와 사이의 서신 등에 해당하고, 이 사건 접견변호사들에 의한 변호인 접견을 이용하여 이를 수수하여 전달한 것으로 봄이 타당하다.

- ③ 앞서 본 관련 법령에 따르면, 미결수용자와 변호인 간의 서신은 교정시설에서 상대방이 변호인임을 확인할 수 없는 경우를 제외하고는 검열할 수 없고(구 형집행법 제84조 제3항), 변호인 접견 시 변호인과 수용자 간에는 소송서류와 형집행법 제84조 제3항에 따른 서신에 한하여 그 수수를 허가하여야 하며, 그 이외의 물품은 영치금품의 차입·환부 절차에 따르도록 규정하고 있다(수용관리업무지침 제117조 제1항).

그런데 피고인은 이 사건 접견변호사들을 통하여 변호인 접견 과정에서 소송서류 외의 문건 등을 수수하여 실질적으로 변호인이 아닌 외부의 제3자와 서신을 수수하고, 이를 통하여 회사의 업무, 개인적인 연락사항을 전달하거나 조치하도록 하였는데, 이는 구금시설의 안전과 질서를 유지하기 위하여 구 형집행법 등 관련 법령에 정한 절차나 방법에 의하지 아니하고 변호인 외의 제3자와 연락한 것으로서, 미결수용자의 서신에 대한 검열, 수수 등에 관한 제한이나 절차 등을 피하기 위하여 이 사건 접견변호사들과의 변호인 접견 형식을 통해 소송서류나 변호인과 사이의 서신인 것처럼 가장하여 이를 수수한 것으로 봄이 타당하다.

(다) 피고인은 이 사건 접견변호사들로 하여금 피고인과 접견교통권을 행사하는 외관을 만들어 그 과정에서 소송서류 외의 문건을 수수하거나 개인적인 연락업무 등을 수행하도록 함으로써 교도관들이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하여 교도관들의 접견관리업무 등을 방해하였다고 봄이 타당하다.

- ① 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서는 미결수용자에 대한 변호인 접견의 경우 소송사건 대리인인 변호사 접견이나 일반 접견과 달리 접견상의 제한, 관리, 감독 절차 등을 완화하거나 서신 수수 등을 폭넓게 허용하고 있다.

이와 같이 미결수용자와 변호인 간의 접견교통이나 그 과정에서 서신 수수 등을 폭넓게 허용하는 것은 변호사가 접견 시 준수사항을 잘 지키고 스스로 불법을 저지르지 않을 것이라는 고도의 신뢰에 기초하여, 헌법상 보장되는 기본권인 변호인의 접견교통권을 실질적으로 폭넓게 보장하기 위한 것이다.

- ② 서울구치소 교도관인 공소외 76, 공소외 77은 수사기관에서 '미결수용자의 민사사건에 대해서는 선임여부를 확인을 하지만, 미결수용자의 경우 접견건수가 너무 많아 일일이 확인하는 것은 불가능하다.

미선임 변호인이라고 하더라도 사건 선임 여부를 위한 상담을 계속한다고 하면 이를 허용할 수밖에 없다', '원칙적으로 소송서류 외의 문건은 수수, 반입이 금지되나, 엑스레이 검색대를 통하여 검색할 수 있는 전자기기 등 금지물품과는 달리 해당 문건이 소송서류인지 개인서류인지 일일이 확인할 방법은 없다', '실제로 60여 개의 접견실에 3명의 교도관이 근무하였기 때문에, 일일이 각 접견실마다 모두 지켜볼 수 있는 상황은 되지 않았다.

변호인이 소송서류 이외의 문서를 건네주는 등의 행동을 적발하는 것은 물리적으로 불가능하다'는 취지로 진술하였다 (증거기록 5권 1497, 1498, 1500, 1505, 1506쪽 등).

위와 같은 교도관들의 진술 등에 비추어 보면, 서울구치소는 접견 변호사의 수에 비해 관리, 감독하는 교도관의 수가 상당히 부족하고, 접견 진행을 담당하는 교도관이 짧은 시간 내에 변호인들의 입장 안내, 금지물품 단속, 기존 변호인들의 퇴장 업무 등을 진행하여 사실상 모든 접견실에 대한 감독은 불가능하며, 변호인들의 서신 등을 개별적으로 검사, 확인하기 어려울 뿐만 아니라, 이를 확인하더라도 소송사건과의 관련성 등을 파악하기 곤란하여 소송서류 외의 문건을 적발하는 것은 사실상 어려울 것으로 보인다.

③ 교도관들로서는 변호인 접견을 신청한 변호사가 실제 변호인이 되려는 자인지 여부를 확인하는 것은 사실상 곤란하고, 이로 인하여 변호사가 미결수용자에 대하여 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하는 경우 이를 제지할 수 있는 별다른 방안이 없다.

또한 변호인의 조력을 받을 권리와 접견교통권의 보장을 위하여 변호인 접견은 앞서 본 것과 같이 관련 법령에서 일반 접견의 경우와 달리 규정하고 있으므로, 교도관들로서도 통상적인 관리, 감독 업무를 수행하는 것으로는 이 사건 접견변호사들이 변호인 접견의 형식을 이용하여 소송서류 외의 문건, 변호인 이외의 제3자와의 서신을 수수하는 등의 행위를 적발하기는 사실상 불가능해 보인다.

또한 이 사건 접견변호사들은 피고인을 변호인 접견하는 과정에서 피고인의 지시 사항 등을 컴퓨터 등으로 문서파일로 작성하여 USB에 저장하여 가지고 나오는 등으로 제3자와의 서신 수수 행위를 더욱 적발하기 어렵게 하였다.

④ 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고인은 위와 같은 구치소의 인적·물적 자원의 한계, 관련 법령에 따른 접견교통권의 보장 등으로 변호인 또는 변호인이 되려는 자로서 변호인 접견을 신청하였는지 여부, 접견 내용 등을 확인하거나 소송서류 이외의 문건, 제3자와의 서신 등을 수수하는 행위를 적발하는 것이 사실상 불가능함을 악용하여, 실제로는 이 사건 접견변호사들을 피고인의 수사나 재판 중인 사건과 무관하게 전적으로 회사 업무의 보고와 지시, 개인적인 업무연락, 소송서류 외의 문건의 수수 등의 업무를 수행하도록 하는 이른바 '집사변호사'로 활용할 목적으로 고용하여 피고인을 변호인 접견하도록 하였으므로, 교도관이 통상적인 업무수행으로는 적발하기 어려운 적극적인 위계행위를 하였다고 평가할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분에는 위와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인의 제2 원심판결의 유죄 부분에 대한 사실오인 및 법리오해 주장도 일부 이유 있으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 제1 원심판결 및 제2 원심판결 중 유죄 부분을 전부 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.