

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·특정범죄가중처벌등에관
한법률위반(조세)·증권거래법위반(삼성 에버랜드 전환사채 등
저가발행 사건)

[서울고법 2008. 10. 10. 2008노1841]



【판시사항】

- [1] 회사 경영자가 조세를 회피하면서 지배권을 이전할 목적으로 저가로 신주 등을 주주 배정방식 또는 제3자 배정방식으로 발행한 경우, 업무상배임죄가 성립하는지 여부(소극)
- [2] 대기업 회장과 그룹 계열 비상장회사의 대표이사 등이 적법한 절차 없이 전환사채와 신주인수권부사채를 저가로 발행하여 회장 자녀에게 배정함으로써 조세를 회피하면서 회사의 지배권을 확보하고 재산상 이익을 취득하게 한 사안에서, 전환사채·신주인수권부사채의 저가발행으로 회사에 손해가 발생하였다고 볼 수 없어 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄가 성립하지 않는다고 한 사례
- [3] 대기업 회장의 개인재산 관리업무자들이 상장주식 양도소득세 과세 규정이 신설되기 전에 차명 증권위탁계좌로 회장 소유의 주식을 취득·매도하고 그 양도소득을 신고하지 않은 사안에서, 이는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈에 해당하지 않는다고 한 사례

【판결요지】

- [1] 자금을 조달하려는 목적이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 지배권을 이전할 목적으로 신주 등을 저가로 발행하는 경우, 회사의 경영자에게, 발행되는 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하는 내용의 증자 등을 함으로써 그에 상당하는 자금(증자대금 등)이 회사에 유입되도록 할 임무가 있다고 볼 수는 없다. 따라서 그 발행가액 등을 적정가격보다 저가로 정하여 발행한 경우, 회사의 경영자가 적정가격으로 그와 같은 수량의 주식을 발행하였더라면 회사로 유입되었을 자금이 저가로 발행하여 유입된 자금보다 많았을 것이라고 하여 회사에 그 차액 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수는 없다. 그런데 주주 배정방식의 발행의 경우에는 주주들에게 주주평등의 원칙에 따라 신주가 공평하게 발행되므로, 주주들이 저가발행으로 인한 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입는 한편, 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 되어 그 손해와 이익이 상쇄되므로, 주주들 사이에 아무런 이해의 득실이 없고 지분가치의 변동이 없어 주주들에게나 회사에 손해가 없다. 그러나 제3자 배정방식의 발행의 경우에는 기존주주들에게 기존주식의 가치 하락으로 인한 손해가 발생하는데, 주주와 회사는 별개의 법인격을 가지고 있을 뿐만 아니라 주주의 손해와 회사의 손해가 일치한다고 할 수도 없으므로, 상법 제424조의2의 규정만을 근거로 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 없다. 따라서 회사 경영자가 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 저가로 발행한 경우, 회사의 경영자에 대하여 기존주주들에 대한 임무위배를 이유로 손해배상을 청구하는 등의 방법을 통하여 그 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 회사에 대한 임무위배를 이유로 업무상배임죄의 책임을 물을 수는 없다.
- [2] 대기업 회장과 그룹 계열 비상장회사의 대표이사 등이 적법한 절차 없이 전환사채와 신주인수권부사채를 저가로 발행하여 회장 자녀에게 배정함으로써 조세를 회피하면서 회사의 지배권을 확보하고 재산상 이익을 취득하게 한 사안에서, 자금을 조달하려는 것이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권을 이전할 목적에서 전환사채·신주인

수권부사채를 저가발행하는 것으로 회사에 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄가 성립하지 않는다고 한 사례.

[3] 대기업 회장의 개인재산 관리업무자들이 상장주식 양도소득세 과세 규정이 신설되기 전에 차명 증권위탁계좌로 회장 소유의 주식을 취득·매도하고 그 양도소득을 신고하지 않은 사안에서, 이는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈에 해당하지 않는다고 한 사례.

【참조조문】

[1] 형법 제356조, 상법 제424조의2

[2] 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항

[3] 조세범처벌법 제9조 제1항, 소득세법(1999. 8. 31. 법률 제5994호로 개정되기 전의 것) 제94조 제3호, 소득세법 시행령(2000. 3. 28. 대통령령 제16762호로 개정되기 전의 것) 제157조

【전문】

【피 고 인】 이건희외 7인

【항 소 인】 피고인들 및 특별검사

【특별검사】 조준웅

【특별검사보】 윤정석외 2인

【변 호 인】 변호사 조해섭외 3인

【원심판결】 서울중앙지법 2008. 7. 16. 선고 2008고합366 판결

【주문】

】

1. 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 에스디에스 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 면소 부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 3, 4, 8에 대한 유죄 부분(이유 무죄 부분 포함)을 각 파기한다.
2. 피고인 3을 원심판시 2003. 5. 31.자 및 2004. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월에, 원심판시 2005. 5. 31.자, 2006. 5. 31.자, 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월에, 피고인 4를 징역 3년에, 피고인 8을 징역 2년 6월에 각 처한다.
3. 피고인 3, 4에 대하여는 각 5년간, 피고인 8에 대하여는 4년간 위 각 징역형의 집행을 각 유예한다.
4. 피고인 3, 4, 8에 대한 각 벌금형을 각 면제한다.
5. 피고인 3, 4에게 각 320시간의, 피고인 8에게 240시간의 각 자연·환경보호활동 내지 복지시설·단체봉사활동의 사회봉사를 명한다.
6. 피고인 이건희, 피고인 3, 4에 대한 공소사실 중 삼성 에스디에스 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점은 각 무죄.

7. 피고인 6, 7은 각 무죄.

8. 피고인 이건희의 항소 및 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5에 대한 삼성 에버랜드 주식회사 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대한 무죄 부분, 피고인 이건희에 대한 유죄 부분, 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대한 면소 부분에 대한 특별검사의 각 항소를 각 기각한다.

【이유】

】 I. 항소이유의 요지

1. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 항소이유가. 사실오인 및 법리오해

원심은, 이 부분 공소사실 중 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식의 양도에 대한 양도소득세 포탈 부분에 대하여는 위 피고인들이 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하고, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 인정된다는 이유로 유죄로 판단하였으나, 이 사건 차명계좌는 과거부터 경영권 방어라는 동일한 목적과 의사 아래 관리가 이루어져 온 점 등에 비추어 보면, 그 과정에서 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위를 두고 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'라고 할 수는 없으며, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 없었고, 특히 1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득하고 이후 양도한 주식에 대하여는 당시 시행되던 소득세법령에 의하여 양도소득세 납세의무가 성립할 것인지 여부가 불분명하였으므로 조세포탈의 범의가 더욱 없었다고 보아야 함에도, 원심은 그와 관련된 사실을 오인하거나 조세포탈죄에 관한 법리를 오해하여 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나. 양형부당

위 피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때 원심의 형량(피고인 이건희: 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 110,000,000,000원, 피고인 3 : 원심판시 2003. 5. 31.자 및 2004. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 14,000,000,000원에, 원심판시 2005. 5. 31.자, 2006. 5. 31.자, 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 60,000,000,000원, 피고인 4 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 74,000,000,000원, 피고인 8 징역 3년 집행유예 4년, 벌금 40,000,000,000원)은 지나치게 무거워 부당하다.

2. 특별검사의 항소이유

가. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 및 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 법리오해

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 이는 자본거래로서 회사의 자본증가와 함께 자산 자체는 증가할 뿐 회사 밖으로 유출되는 자산은 없으므로 회사에게는 손해가 없고, 따라서 회사 경영자(이사)에게 전환사채 등의 발행에 있어서 최대한의 자금이 회사에 유입되도록 할 임무가 없으며, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가

발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되고, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되며, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

그러나 이는 자본거래와 손익거래를 구분하여 좁은 의미에서의 자본거래로서는 손익이 발생하는 것으로 보지 않는 회계학과 세법상의 정의를 토대로 한 것으로 형법에서의 손익 개념과는 전혀 다른 것이라는 점, 일반적으로 주주의 이익은 회사의 이익과 직결되고, 회사의 이익은 주주의 이익으로 귀결되므로 위와 같이 특별한 경우에 한정하여 주주의 이익이 회사의 이익으로 '포섭'된다는 식의 이론은 회사법의 법리에도 맞지 않으며, 상법 제424조의2 자체의 명문 규정에도 반하는 점, 전환사채 등의 발행은 회사의 행위이고, 주주의 법률행위가 아니라는 점에서도 전환사채 등의 저가발행으로 손해가 발생하는 경우 그 손해는 당연히 회사에 귀속된다고 보아야 하며, 주주의 손해는 간접적인 것이거나 회사의 손해의 다른 한 측면이라는 점, 동일한 자본 형성의 대가로 그에 상응한 자산을 취득할 수 있는데도 과소한 재산을 형성한 것으로서 이는 회사의 자산 유출과 동일하다는 점 등을 종합하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 전환사채 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리 등을 오해한 위법을 범한 것이다.

나. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 배정방식과 관련한 사실오인 및 법리오해

원심은, ① 전환사채의 발행을 결의한 이사회 결의가 무효이더라도 주주들에 대한 인수권 부여에는 하자가 없고, ② 청약만기를 보장하지 아니한 점은 주주배정이 아니라 제3자 배정으로 보기에 충분한 근거가 되지 못하며, ③ 주주에 대한 통지 및 실권예고부 최고가 없었다는 점에 관하여는 합리적 의심을 배제할 만한 충분한 증거가 없고, ④ 주주들의 실권이 사전에 예정되어 있었다는 점은 인정되나, 사전에 실권이 예정되어있었다고 하더라도 주주에 대한 기망, 협박 등 불법행위가 없었다면 주주들은 자의로 실권한 것으로 보아야 하므로, 주주배정 방식으로 발행한 것으로 보아야 한다고 판시하였으나, ⑤ 1996. 10. 30.의 이사회 결의 내용 중 '전환사채의 발행' 및 '주주 우선배정 후 실권 시 제3자 배정'이란 부분은, 기존주주들에게 인수권을 부여하였는지 여부와 관계없이 그 법적 효력을 인정할 수 없으므로 그에 기초한 사실상의 발행, 배정 절차에 나아갔다 하더라도 이는 부존재한 것이나 다름없다 할 것이어서, 이 점에서 이 사건 전환사채는 주주배정이 아니라 1996. 12. 3.에 비로소 제3자인 이재용 등에 대하여 발행되고 배정된 것으로 보아야 하는 점, ⑥ 삼성 에버랜드 주식회사(이하 '에버랜드'라 한다)의 이사들이 주주들에 대하여 1996. 12. 3.까지 청약의 기회를 보장하지도 않고 1996. 11.말 이전에 제일제당 주식회사(이하 '제일제당'이라 한다)를 제외한 기존주주들이 인수하지 않은 것으로 미리 임의로 확정된 다음 그날 16:00경 제3자에게 배정해버린 것은 주주들의 정당한 인수기회를 박탈한 것인 점, ⑦ 에버랜드가 주주들 모두에게 배정기준일 통지서와 청약안내서를 전달하였다는 점에 관한 진술증거는 모두 피고인들과 밀접한 이해관계가 있는 자들에 의한 것이며, 다른 관련 증거에 비추어 보아 믿기 어려운 반면, 에버랜드가 보관하고 있었다고 하는 배정기준일 통지서, 청약안내통지서, 중앙일

보가 보관하고 있었다고 하면서 검찰에 제출한 배정기준일 통지서와 청약안내서는 오히려 그러한 통지 등의 절차가 이루어지지 않았다는 증거가 되는 점, ㉔ 이 사건 전환사채는 당초(1996. 10. 30.)부터 이재용 등에게 배정할 계획하에 주주배정 발행절차의 외형만 갖추어 놓고 아무런 절차 없이 1996. 12. 3.에 곧바로 이재용 등에 대하여 발행되고, 그들 명의로 예정된 바에 따라 인수한 것이므로, 제일제당을 제외한 주주들은 "배정받은 인수권을 행사하지 않은 것"이 아니라, "배정받은 사실 자체도 없었다.

"고 보아야 할 것인 점 등으로 종합하여 보면, 이 사건 전환사채는 제3자 배정으로 발행된 것으로 보아야 할 것임에도, 원심이 이 사건 전환사채가 주주 배정방식에 의하여 발행된 것으로 봄으로써 사실오인 및 법리오해의 위법을 범하였다.

(2) 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비

이 사건 공소사실 중 에버랜드의 이사회가 비서실의 지시에 따라 전환사채를 발행한 목적이 이재용 등에 대한 지배권 이전에 있었으므로, 에버랜드의 이사가 긴급한 경영상의 필요도 없는 상태에서 시설자금을 조달한다는 명목으로 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하여 회사의 지배권을 넘기는 것은 이사의 선관주의의무를 위반하는 행위라는 부분과 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하기 위하여는 정관에 이에 관한 정함이 없는 한 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다는 상법 제513조 제3항의 규정은 처음부터 제3자 배정방식으로 발행하는 경우는 물론, 주주에게 배정한 후 실권분이 발생하여 그 실권분을 제3자에게 배정하는 경우에도 적용되는데, 에버랜드의 이사는 이사회 결의만으로써 주주총회의 특별결의를 거치지 아니하고 이 사건 전환사채를 제3자에게 배정하였으므로 법령, 정관 및 선관주의의무를 위반하였다는 부분에 대하여 원심이 전혀 심리, 판단하지 않음으로써, 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비 등의 위법을 범하였다.

다.

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 시가와 관련한 사실오인, 법리오해

(가) 원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행 당시의 삼성 에스디에스 주식회사(이하 '삼성 SDS'라 한다) 주식에 관한 거래실례는 다수 있었으나 그 거래사례는 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 거래의 실례가 된다고 보기 어렵고, 달리 공소사실이 적시한 주당 55,000원이 1999. 2. 26. 무렵의 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 반영하지 못할 수 있다는 합리적인 의심을 배제할 정도의 입증이 없다고 판단하였으나, 공소외 1, 2, 3 등 3인은 비상장주식에 관한 가격정보를 제공하는 일을 하였으며, 서울지방국세청이 밝혀낸 309회 실제거래의 상당부분이 위 3인을 통하여 이루어진 것처럼 나타나 있다고 하더라도, 위 3인은 주로 거래를 중개하는 사람들이었고, 삼성 SDS의 주식거래는 주로 삼성의 전·현직 임직원들에 의하여 이루어진 점, 1회 거래 물량이 많지 않으며, 주식거래하는 사람들 간에 하루에 같은 주식을 여러 번 사고파는 일이 있었더라도, 서울지방국세청의 조사로 밝혀진 위 3인이 관여한 309회에 걸친 58,056주의 거래는 그 거래기간에 비추어 결코 과도하지 않을 뿐 아니라, 잦은 거래는 오히려 자유로운 경쟁매매가 이루어졌다는 사실을 반증한다는 점, 그들은 증권계좌에 이 사건 거래 주식을 입고하거나 이체하였고, 금융기관을 통하여 매매대금을 지급하는 등 투명한 방법으로 거래한 점, 위 3인이 1998. 11. 20.부터 이 사건 사채 발행일인 1999. 2. 26.까지 사이의 매매거래에서, 공소외 3은 685주를, 공소외 1은 2,360주를, 공

소외 2는 2,067주를 각 매도하여 공소외 3은 1,130,510원의 손해를 보았으며, 공소외 2 역시 12,791,290원의 손해를 보았고, 공소외 1만 16,225,720원의 이익을 본 점, 피소특에 게재된 장외거래가격 추세와 실제거래가격 추세가 비슷한 것은 시세정보가 실제거래의 결과를 반영한 데 따른 것인 점, 삼성 SDS 주가가 1998. 11.경부터 계속 상승하여 이 사건 사채 발행 이후인 2000. 1.경까지 1년 이상 기간 동안 위와 같이 가격이 계속 상승하여 90만 원 대에까지 이르렀다는 것은 이 사건 사채 발행 무렵의 가격 상승 추세를 반영한 것으로 유독 삼성 SDS의 주식만 가격이 상승한 것은 아니었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사채 발행 무렵의 거래사실에 의한 삼성 SDS의 주가 55,000원은 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 것으로 정상거래에 의하여 형성된 가격임이 명백함에도, 원심이 위 55,000원을 이 사건 사채 발행 당시 삼성 SDS의 시가로 보지 아니한 것은 사실오인 및 법리오해의 위법을 범한 것이다.

(나) 또, 삼성증권 차장 공소외 4가 검토·분석한 바에 의하면, 공소외 1 등 3인이 삼성 SDS의 주식거래나 시세정보를 제공하기 시작한 1998. 11. 이전 거래의 가격이 23,500원이었다고 하므로, 원심으로서는 이것이 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하는 거래가격인 시가인지의 여부를 심리, 판단하여 이를 기초로 이 사건 배임죄의 이득액과 손해를 산정하여야 함에도, 삼성 SDS의 주식에 대한 거래사실에 나타난 주당 55,000원을 적정 거래가격으로 인정할 수 없다고 배척하기만 하고 위 주당 23,500원이 교환가치를 반영한 정상적인 거래가격인지 여부를 심리, 판단하지 아니한 것은 심리미진으로 인한 사실오인의 위법을 범한 것이다.

(다) 원심이 채택한 보충적인 평가방법은 회사 내부자나 특별관계인 사이의 상속·증여 등의 경우에 세액 산출을 위한 평가방법인 구 상속증여세법상 보충적인 평가방법이므로, 제3자 배정에 의한 신주인수권부사채 발행의 경우에 적용하기는 적절하지 않음에도, 원심이 이를 적용하여 삼성 SDS의 주식의 시가를 산정한 것은 주식의 시가산정에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해

원심은, ① 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분, ② 희석화로 인하여 이재용 남매의 기존주식의 가치하락분 및 ③ 신주인수권증권의 가격을 모두 이득액에서 공제하였으나, ㉗ 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분은 희석효과가 실제로 신주가 발행되어야 생기는 효과이지 전환사채 등을 발행하였다고 하여 바로 생기는 효과가 아닌 점, 희석효과를 고려하면 배임행위자 또는 제3자가 배임행위의 결과 취득한 이익의 액수를 부당하게 줄이고 그 줄어든 부분을 기존주주들에게 전가하는 결과가 되는 점, 상법 제424조의2가 '공정한 발행가액과의 차액'을 이사의 임무위배로 인한 손해액으로 규정하고 있음에 비추어 전환사채 발행에 있어 저가발행으로 인한 손해액은 적정가격과 발행가액과의 차액에 인수주식수를 곱한 금액으로 보아야 하는 점, 기타 배임죄의 성격이나 재산범죄에 있어 불법이득을 취하기 위하여 지불한 비용은 재산범죄의 이득액이나 피해자의 손해액에서 공제하지 않는 것이 원칙인 점 등을 종합하여 보면 이를 이 사건 배임죄의 손해액이나 이득액에서 공제할 것이 아니고, ㉘ 이재용 남매가 보유하고 있는 기존주식의 하락분은 이 사건 배임범죄의 피해자의 손해액 계산에서 이미 고려되었음에도 같은 범죄의 이득자인 이재용 남매가 취득한 이득액의 계산에서 이를 다시 공제하는 것은 바로 배임범행의 범인 또는 이득자의 이득액 계산에서 그 범죄 피해자의 손해액을 공제하는 결과가 되는 점, 이재용 남매가 이 사건 배임행위의 이득자로서 이 사건 배임행위로 취득한 것은 신주인수권이지 기존주식이 아니므로 취득한 신주인수권이 얼마의 이득을 얻었느냐만을 계산할 것이지 배임행위로 인하여 취득한 것이 아닌 보유 주식의 가치 하락분을 배임행위

로 취득한 이득의 계산에서 이를 공제할 수 없는 점, 만약 이득액에서 이재용 남매의 기존주식에 대한 하락분을 공제하면, 이는 손해액 산정에서 이재용 남매의 기존주식 가치하락분을 공제하고 신주인수권으로 인수할 주식의 이득액 계산에서 이중으로 같은 금액을 공제하는 결과가 되는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 배임죄에 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아니며, ㉔ 신주인수권의 가격(11억 7,990만 원)은 이 사건 이재용 등이 인수한 신주인수권부사채 중 신주인수권을 사채권과 분리하여 처분하는 데 따른 채권할인 비용으로 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아님에도, 원심이 이들을 손해액과 이득액에서 각 공제한 것은 배임죄의 손해액 산정방법에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

(3) 시가 및 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반에 해당하는지 여부)

원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 5억 원은 넘으나 50억 원이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였으나, 앞서 본 바와 같이 적법하게 삼성 SDS의 시가를 결정하고 그 손해액을 산정한다면 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 50억 원이 넘으므로, 원심의 위와 같은 판단은 비상장주식의 시가 및 배임죄에 있어서의 손해액의 산정방법에 관한 사실오인, 법리오해의 위법을 범한 것이다.

라. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점

원심이 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 심리를 다하지 아니하여 사실오인의 위법을 범한 것이고, '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리오해의 위법을 범한 것이며, 또한 이는 원심이 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, 만약 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의의 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것으로서 이유모순, 이유불비 등의 위법을 범한 것이다.

마. 양형부당

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 죄질이 불량한 점 등 여러 양형 조건에 비추어 보면, 원심의 위 피고인들에 대한 형량은 너무 가벼워 부당하다.

II. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 및 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 항소이유에 대한 판단

1. 원심의 판단

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 회사에게는 손해가 없고, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되며, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되고, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

2. 당심의 판단

신주나 잠재적 주식으로서의 성격을 가지는 전환사채, 신주인수권부사채(이하 '신주 등'이라 한다)의 발행으로 인한 거래는 회사와 출자자 사이에 자산의 이전이 발생하는 것으로서 이른바 자본거래에 해당하므로, 회사의 경영자(이사 등)가 신주 등을 발행함에 있어 그 발행가액, 전환가액, 행사가액(이하 '발행가액 등'이라 한다)을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이는 회사의 손익과는 무관한 점, 회사법상의 자본충실의 원칙도 회사의 설립 또는 신주 등의 발행에 즈음하여 출자자에 의하여 인수된 주식의 주금액이 실제로 출자되도록 하여야 한다는 내용에 불과한 점, 증자 등을 할 것인지 여부, 그 액수(규모)를 얼마로 할 것인지는 이사회 의사결정권의 경영판단에 속하는 사항인 점 등에 비추어, 특히 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행하는 경우에 있어서는 회사의 경영자에게 신주 등의 발행가액 등을 적정가격으로 정함으로써 그에 상당하는 수량의 주식만이 발행되도록 할 임무가 있음은 별론으로 하고, 저가로 발행하는 경우 발행되는 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하는 내용의 증자 등을 함으로써 그에 상당하는 자금(증자대금 등)이 회사에 유입되도록 할 임무가 있다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행함에 있어서 그와 같은 임무가 회사의 경영자에게 있음을 전제로, 그 발행가액 등을 적정가격보다 저가로 정하여 발행한 경우 회사의 경영자가 적정가격으로 그와 같은 수량의 주식을 발행하였더라면 회사로 유입되었을 자금은 저가로 발행하여 유입된 자금보다 많았을 것인데, 그렇지 못했다는 측면에서 회사에 그 차액 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수는 없는 것이다.

다만, 적정가격보다 저가로 신주가 발행되거나 전환사채, 신주인수권부사채가 발행된 후 전환사채의 전환권 행사 또는 신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인하여 신주가 발행되면 기존주식은 희석화로 인하여 그 가치가 하락하게 되고, 신주는 기존주식의 가치가 하락한 만큼 그 납입금액보다 가치가 상승하게 되는 효과가 발생한다.

그런데 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주들에게 주주평등의 원칙에 따라 신주가 공평하게 발행되므로, 주주들이 저가발행으로 인한 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입는 한편, 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻

게 되어 그 손해와 이익이 상쇄된다.

따라서 주주들 사이에 아무런 이해의 득실이 없고, 지분가치의 변동이 없으므로 주주들에게나 회사에 손해가 없게 된다.

그러나 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주식을 가지고 있는 기존주주들은 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입게 되고, 신주를 가지고 있는 신규주주들은 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 된다.

즉, 기존주주들의 부(富)가 신규주주들에게 이전되는 효과가 발생하게 되는 것이다.

바로 이러한 이유 때문에 우리 상법은 신주나 전환사채·신주인수권부사채를 제3자 배정방식에 의하여 발행하기 위하여는 정관에 규정이 있거나, 주주총회의 특별결의가 있어야 하는 것으로 규정하고 있는 것이다(상법 제418조 제2항, 제513조 제3항, 제516조의2 제3항). 회사의 입장에서 보면 신주 등의 발행이 주주에게 이루어지나 제3자에게 이루어지나 마찬가지이므로, 제3자 배정방식의 발행이 만약 회사와 이해관계가 있다면 특별히 제3자 배정방식에 의한 발행의 경우에 한하여 위와 같은 요건이 필요한 것으로 규정할 이유가 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주주들에게 기존주식의 가치 하락으로 인한 손해가 발생하게 되는데, 원심은 상법 제424조의2의 규정을 근거로 위와 같은 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 하였으나, 주주와 회사는 별개의 법인격을 가지고 있을 뿐만 아니라 주주의 손해와 회사의 손해는 일치한다고 할 수도 없으므로(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결 참조), 상법 제424조의2의 규정만을 근거로 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수는 없다고 할 것이다(오히려 회사의 이익이 주주들의 이익의 총화라는 견해에 의하면 기존주주들의 손해와 신규주주들의 이익이 그 액수에 있어서 동일하므로 회사의 손해는 없는 것이 된다). 결국, 회사 경영자가 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 저가로 발행한 경우에 있어서 회사의 경영자에 대하여 기존주주들에 대한 임무위배를 이유로 손해배상을 청구하는(상법 제401조) 등의 방법을 통하여 그 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 회사에 대한 임무위배를 이유로 업무상배임죄의 책임을 물을 수는 없다고 할 것이다.

특별검사는 이러한 저가발행의 경우 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하였다면 회사로 유입되었을 자금과 저가발행으로 유입된 자금의 차액 상당의 손해가 회사에게 발생한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 회사에게 그와 같은 손해가 발생한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인한 손해를 유입되어야 할 자금이 유입되지 아니하는 것으로 파악하는 이상, 회사의 입장에서는 그 자금을 제3자로부터 받으나 주주로부터 받으나 마찬가지이므로, 주주 배정방식의 발행의 경우에도 손해가 발생한다고 보아야 할 것인데, 이는 주주 배정방식의 발행의 경우에는 그 발행가액 등을 액면가액 이상으로 정하기만 하면 무방하므로, 저가발행을 하더라도 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 통설적 견해와 배치되어 부당하고, 또한 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인하여 회사에게 손해가 발생한다고 본다면, 결국 기존주주들에게 대표소송(상법 제403조)이 허용되어야 할 것이므로, 대표소송에 의하여 회사의 경영자가 그 손해 상당액을 회사에게 배상하는 경우 신규주주(신주 등의 인수인)들은 그로 인하여 간접적인 이익을 얻게 되는바, 그렇게 되면 신규주주들은 저가발행 자체로 인한 이익과 위와 같은 간접이익 등 이중의 이익을 얻게 되는 부당한 결과를 초래하게 되는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 특별검사의 위 주장은 받아들일 수 없는 것이다.

따라서 원심이 저가발행의 경우 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주나 회사에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없고, 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 회사에게는 위에서 본 바와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수 없지만 기존주주들에게 손해가 발생하였다고 판단한 부분은 정당하나, 제3자 배정방식의 발행에 있어서 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 판단한 부분은 신주 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

그러나 원심이 특별검사가 주장하는 바와 같은 법리를 오해한 위법을 범한 것은 아니므로 특별검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

Ⅲ. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소 이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자인데, 위 피고인들은 에버랜드 대표이사 공소외 5, 경영지원실장 공소외 6과 상호 및 순차로 공모하여, 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4는 당시 자산 총액이 8,000억 원을 상회하고, 세계적인 테마파크로의 육성을 위한 장기계획하에 5,800억 원가량의 대규모 시설투자가 이루어져 내재가치 및 성장가능성이 매우 큰 반면 자본금 규모가 35억 3,600만 원에 불과하여 지배지분의 확보가 용이한 삼성그룹 계열의 비상장회사인 에버랜드의 지배권을 세금 부담 없이 적은 자금으로 이재용에게 넘겨줄 것을 마음먹고, 위 공소외 5, 6에게 현저한 저가로 에버랜드의 전환사채를 발행하여 이재용 남매에게 배정함으로써 그들에게 에버랜드의 지배권을 이전하도록 지시하였다.

이러한 경우 에버랜드의 대표이사인 공소외 5, 경영지원실장인 공소외 6으로서는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다.

즉, 제3자 배정방식의 전환사채를 발행하기 위해서는 주주총회 특별결의 절차를 거쳐야 하고, 회사지배권을 이전할 것을 목적으로 하는 전환사채 발행, 배정을 하여서는 아니 되며, 또한 각 주주에 대하여 그 인수권을 가지는 전환사채의 액, 발행가액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용, 전환을 청구할 수 있는 기간과 일정한 기일까지 전환사채의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다.

특히, 전환가격을 정함에 있어서는 이전에 에버랜드의 주식이 거래된 사례 및 그 거래가격, 법인주주들이 에버랜드 주주의 가치에 대하여 평가한 사례 및 그 평가 근거 등을 검토하고, 전문회계법인, 감정기관 등 기업평가를 할 수 있는 객관적인 기관에 의뢰하여 회사의 자산가치, 내재가치 및 성장가능성 등을 고려한 에버랜드 주식의 실재가치를 평가하여 이루어진 적절한 전환가격을 적용할 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 공소외 5, 6은 위와 같은 임무에 위배하여, 에버랜드가 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성이 없는데도 비서실의 지시에 따라 1996. 10. 30. 용인시 포곡면 전대리 310에 있는 에버랜드의 회의실에서 전환사채 발행을 위한 이사회를 개최하여 17명의 이사 중 과반수에 미달하는 8명만이 참석한 상태에서, "권면총액 9,954,590,000원, 배정방식은 주주우선 배정 후 실권시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정, 전환가격 7,700원"을 주요 내용으로 하는 전환사채 발행 결의를 하였는바, 이와 같은 이사회의 권한범위 내의 사항이 아닌 사안에 대한 정족수 미달의 이사회 결의는 무효이므로, 더 이상 전환사채의 발행을 위한 절차에 나아가서는 아니 됨에도, 위 이사회 결의에 터잡아 전환사채 발행절차에 나아가 전환사채 배정기준일을 1996. 11. 14.로, 청약 및 납입일을 1996. 12. 3.로 정한 후 제일제당 주식회사를 제외한 주주들에게는 위와 같은 통지를 하지 아니한 채, 청약기일 만료 전에 에버랜드의 주주 26명 중 제일제당 주식회사를 제외한 나머지 25명이 인수권을 가지는 전환사채 발행 총액의 약 97%인 96억 6,181만 원 상당에 대하여 인수청약을 하지 않는 것으로 임의 확정하고 주주총회의 특별결의도 없이, 1996. 12. 3. 16:00경 위 에버랜드의 회의실에서 다시 이사회를 개최하여, 에버랜드 주식의 최소한의 실재가치인 85,000원 보다 현저히 낮게 정한 전환가격 7,700원으로 전환사채 합계 96억 6,181만 원 상당 중 이재용에게 48억 3,091만 원 상당을, 공소외 7, 8, 9에게 각 16억 1,030만 원 상당을 각 배정하는 결의를 하고, 이재용 남매로 하여금 1996. 12. 3. 17:00경 배정금액의 100%에 해당하는 청약증거금과 함께 청약하여 배정된 위 전환사채를 인수한 후 1996. 12. 17. 그 전환사채를 1주당 7,700원의 전환가격에 주식으로 각 전환하여 에버랜드 총 발행주식의 약 64%에 해당하는 합계 1,254,777주[이재용 627,390주(31.37%), 공소외 7, 8, 9 각 209,129주(각 10.46%)]를 취득하게 하였다.

이로 인하여 이재용 남매로 하여금 위 취득주식의 실재가치에 해당하는 106,656,045,000원(= 85,000원×1,254,777주)과 에버랜드에 납입한 전환사채 인수대금 9,661,810,000원의 차액인 96,994,235,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 에버랜드에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 전환사채 발행의 경위 및 목적

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

- (1) 에버랜드는 1963. 12. 23.경 설립되어 관광객 이용 시설업, 조경업, 유통업 등의 영업을 하고 있는 삼성그룹의 계열사인 비상장 법인으로서, 이 사건 전환사채 발행 전 발행주식 총수는 707,200주, 액면가는 5,000원, 자본금은 35억 3,600만 원이었다.
- (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자이고, 공소외 5는 1993. 9.경부터 2002. 6.경까지 에버랜드의 대표이사로 근무하면서 에버랜드의 경영 전반을 총괄하는 업무에 종사하였으며, 공소외 6은 1993. 11.경부터 1997. 2.경까지 에버랜드의 상무이사인 경영지원실장으로 근무하면서 에버랜드의 자금조달계획을 수립, 집행하는 등의 업무에 종사하였다.

- (3) 에버랜드는 1990년대에 들어서서 세계적인 수준의 테마파크로 도약하기 위한 계획을 세우고 노후화된 시설의 개·보수 및 캐리비안베이 등의 신규시설 건설을 위하여 대규모 투자를 실시하였는데, 특히 1995년 약 1,501억 원, 1996년 약 2,868억 원, 1997년 약 1,327억 원의 자금을 조달하여 집중적인 투자를 하였다.
- 위와 같은 투자금은 금융기관으로부터의 장·단기 차입, 회사채 발행 등으로 조달되었는데, 이로 인하여 이 사건 전환사채 발행 당시 2년 연속 적자를 나타냈고, 부채도 1996. 1.경 4,138억 원을 기록한 이후 꾸준히 증가하여 같은 해 11.경 약 7,411억 원에 이르렀다.
- (4) 그러나 에버랜드는 이 사건 전환사채의 발행 당시인 1996년 말을 기준으로 총자산 8,387억 원 상당, 자본총계 1,581억 원 상당에 이르렀고, 1996. 12. 31. 재무제표를 기준으로 기업어음에 관하여 한국기업평가 주식회사로부터 신용등급 A3+, 한국신용평가 주식회사로부터 신용등급 A3의 평가를 받는 등 매우 양호한 신용등급을 유지하고 있었으며, 1995년 일반 시장금리 수준인 11.98%에서 12.65% 사이의 금리로 300억 원의 회사채를, 1996. 6. 12. 대한보증보험의 보증을 받아 만기 3년, 표면금리 10%인 500억 원의 회사채를, 1997년경 금리 10.8%에서 12.64% 사이에서 1,300억 원의 회사채를 각 발행하였고, 이 사건 전환사채 발행 직전인 1996. 10.경부터 같은 해 11.경까지 사이에 삼성생명 주식회사로부터 370억 원의 장기차입금을 조달하기도 하는 등 금융기관으로부터 장·단기 차입 및 회사채 발행 등을 통하여 필요한 자금을 안정적으로 조달하였으므로, 당시 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성은 없었다.
- (5) 에버랜드는 1996. 5.경 1년 동안의 자금수지를 예상하면서 단자회사로부터 1996. 10.경 단기자금 518억 원, 1996. 11.경 단기자금 257억 원을 각 차용하여 은행에 대한 채무 각 10억 원 및 230억 원을 변제할 계획을 세우고 있었는데, 에버랜드의 단기차입금은 위와 같은 자금수지예상표가 작성될 무렵인 1996. 5.경 약 1,926억 원에서 이 사건 전환사채의 발행이 기획된 1996. 10.경 2,179억 원, 1996. 11.경 약 2,370억 원으로 전체 액수는 증가하였으나, 전체 차입금 중 단기차입금이 차지하는 비율은 1996. 4.경 83.54%, 1996. 5.경 77.58%, 1996. 10.경 67.35%, 1996. 11.경 69.17%로 오히려 하락하였다.
- (6) 에버랜드는 이 사건 전환사채 발행 이전 및 이후에 한 번도 전환사채의 발행방법으로 자금을 조달한 사실이 없을 뿐만 아니라 필요한 자금에 관하여 월 단위, 분기 단위, 연 단위 등으로 사전에 자금조달계획을 세워서 시행하여 왔는데, 이 사건 전환사채는 위와 같은 사전 자금조달계획 및 1996. 9. 25.경 작성된 '10월 월간 자금계획서'에도 전혀 발행이 예정되어 있지 않았다.
- (7) 그런데 공소외 6은 1996. 10.경 에버랜드의 노후화된 시설 개·보수 등을 위한 대규모의 자금소요로 차입금이 증가하여 약 3,200억 원에 이르고, 그 중 약 77%가 단기차입금이어서 저리의 장기 안정자금 확보가 시급하며, 에버랜드의 규모에 비하여 과소한 자본금(35억 3,600만 원)을 확충할 필요가 있다는 이유로 경영관리팀(팀장 박병주, 과장 이영춘)에 자금조달방안을 강구할 것을 지시하였다.
- (8) 경영관리팀에서는 공소외 6에게 당시의 시중금리 현황 및 향후 자금시장 전망, 국내 기업의 전환사채 발행 실례 등을 조사, 분석하고, 이를 기초로 증자, 사채 발행, 전환사채 발행의 장단점을 비교하여 그 중 전환사채의 발행이 주주 구성의 변동을 초래할 수 있는 단점이 있으나 기존주주와의 협의를 통하여 발행을 추진하되, 전환사채의 발행규모는 약 100억 원으로 하며, 전환을 대비할 경우의 자본금 관리 편의를 위하여 전환 후 액면가 기준 64억 6,400만 원

을 증가시키는 금액을 전환가격으로 결정하고자 하고, 이 경우 전환가격은 7,700원, 발행물량은 1,292,800주가 적정하다고 보고하였다(1996. 10. 11. 자금조달방안 검토).

(9) 공소외 5, 6 등은 1996. 10. 25. 위 보고서를 토대로 만들어진 '회사채 발행(제9회) 품의서'에 결재한 후 1996. 10. 30. 이를 이사회에 상정하였다.

(10) 당시의 의사록에 의하면 에버랜드의 이사회에서 전환사채의 발행을 결의한 것으로 되어 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 사채의 종류 : 무기명식 이권부 무보증전환사채
- 사채의 권면총액 : 9,954,590,000원
- 사채의 발행가액의 총액 : 사채의 권면금액의 100%
- 사채의 배정기준일 : 1996. 11. 14.
- 사채 배정방법 : 주주 우선 배정 후 실권 시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정
- 각 사채권의 금액 : 일만 원 권, 일십만 원 권, 일백만 원 권, 일천만 원 권의 4종
- 사채의 이율 : 사채 발행일부터 1999. 11. 29.까지 연 1%로 한다.

단, 사채 원금의 상환기일까지 전환권을 행사하지 않은 사채권자에 대한 보장수익률은 연 5% 복리로 한다.

- 원금 상환방법과 기한 : 사채원금의 112.61%에 해당하는 금액을 1999. 11. 29.에 일시에 상환한다.

단, 상환기일이 은행휴업일인 때에는 그 다음 영업일로 한다.

- 자금의 사용목적 : 시설자금
- 전환에 관한 사항 : 각 사채 권면액의 100%를 전환가격으로 나눈 주식수를 전환 주식수로 하고 1주 미만의 단주는 주권 교부 시 현금으로 지급하되, 사채의 전환가격은 1주당 7,700원으로 한다.
- 전환에 따라 발행할 주식의 종류 : 기명식 보통주식
- 전환청구기간 : 사채발행 익일부터 상환기일 직전일까지로 한다.
- 전환청구를 받을 장소 : 에버랜드 경영관리팀

(11) 그런데 에버랜드의 정관에 의하면, 이사회의 안건은 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 결의에 의하도록 규정되어 있었고, 당시 에버랜드의 이사는 17명이었는데, 1996. 10. 30. 개최된 이사회 의사록에는 '공소외 5가 의장석에 착석하여 공소외 5, 6과 조현호 등을 포함한 9명의 이사가 출석하여 성원이 되었음을 선언한 뒤 의안을 심리하여 출석 이사 전원의 찬성으로 의결한 것'으로 기재한 후 이사들의 날인이 되어 있으나, 이사 중 조현호는 그 당시 외국 출장 중이어서 위 회의에 참석할 수 없었기 때문에, 이사회 의사록 기재만으로도 위 이사회 결의는 의결정족수가 미달된 상태에서 이루어진 것이다.

(12) 이 사건 전환사채 발행 당시 에버랜드의 법인주주들은 삼성그룹의 계열사이거나 계열사였다가 계열 분리된 8개 회사 및 1개 재단법인이고, 개인주주들은 삼성그룹의 회장 피고인 이건희를 비롯하여 대부분 삼성그룹 계열사의 전·현직 임직원들로 총 17명이었으며, 각 주주들에게 배정된 금액은 다음과 같다.

- 주식회사 중앙일보사 : 4,801,660,000원

- 제일모직 주식회사 : 1,407,610,000원
- 삼성물산 주식회사 : 520,780,000원
- 재단법인 삼성문화재단 : 309,960,000원
- 제일제당 주식회사 : 292,780,000원
- 한솔제지 주식회사 : 94,300,000원
- 한솔건설 주식회사 : 95,710,000원
- 한솔화학 주식회사 : 91,490,000원
- 주식회사 신세계백화점 : 22,520,000원
- 이건희 : 1,310,020,000원
- 나머지 개인주주들 합계 : 1,007,760,000원

(13) 제일제당은 해당 전환사채(발행사채총액의 2.94%) 인수에 대한 청약 의사를 표시하였으나, 제일제당을 제외한 나머지 법인 주주 및 개인 주주들은 전환사채 청약 만기일인 1996. 12. 3. 16:00까지도 해당 전환사채(97.06%)의 인수 청약을 하지 않았다.

(14) 공소외 5, 6은 1996. 12. 3. 16:00 무렵 이사회를 개최하여 인수청약이 없는 전환사채를 이건희의 장남인 이재용에게 4,830,910,000원 상당, 이건희의 딸들인 공소외 7, 8, 9에게 각 1,610,300,000원 상당을 각각 배정하기로 하는 내용의 안건을 상정하고, 당시 참석한 이사 9명 전원이 찬성하여 가결된 것으로 이사회 의사록에 기재되어 있다.

(15) 이재용 등은 배정 당일 17:00경 인수청약을 하고 17:23 인수대금을 납입하였다.

그 후 이재용, 공소외 7, 8, 9는 1996. 12. 17.에, 공소외 10은 제일제당으로부터 1996. 12. 11. 전환사채를 양수한 후 1997. 3.경에 각 전환권을 행사하였으며, 이에 따라 에버랜드의 주주 구성은 원심판결문 별지 '삼성 에버랜드 주주 구성 변동표' 기재와 같이 변경되었다.

(16) 한편, 그룹 비서실은 회장이 그룹을 전체적으로 통제하여 각 계열사들에 대하여 경영지배권을 행사하기 위한 지원 조직으로서 회장의 지시, 위임, 포괄적 위임에 따라 각 계열사에 대한 기획 및 조정업무를 총괄하였다.

계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 전환사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 에버랜드 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1996. 12. 3. 실권분 배정을 위한 이사회 개최 2-3일 전에 실권 확정된 전환사채를 이재용 남매 4인이 3:1:1:1의 비율로 인수하는 것으로 정하여 에버랜드에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 전환사채가 이재용 남매에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 전환사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 남매에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 당심의 직권판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 전환사채가 주주 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 원심의 앞서 본 법리에 따라 에버랜드 대표이사인 공소외 5와 공소외 6 등에게 당시의 주식가치를 고려하여 전환가격을 정하여야 할 임무가 있다고 볼 수 없고, 주주 배정절차에서 기존주주들이 인수권을 부여받고도 실권한 이상 에버랜드 지배구조변경 내지 기존주주의 주식가치 하락이라는 결과는 스스로 용인한 것으로서 그 주주의 손해를 에버랜드에 대한 배임죄로 의율하기 어려운 구조이므로, 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 전환사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 전환사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 전환사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 에버랜드에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 에버랜드에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 위 피고인들에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 전환사채의 저가발행으로 인하여 에버랜드가 그 적정가격(시가)인 85,000원에서 전환사채 인수대금인 7,700원을 공제한 금액에 전환권의 행사로 발행된 신주 1,254,777주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 에버랜드 경영자가 전환사채를 발행함에 있어 그 전환가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 에버랜드에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 에버랜드가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 에버랜드의 경영자가 1,254,777주의 전환권이 인정된 전환사채를 그 당시 에버랜드 주식의 시가로 발행하여 이재용 남매나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 전환사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 결론에 있어서 정당하다 할 것이다.

IV. 특별검사의 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로 재직하며, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이

고, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략 기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였으며, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.

위 피고인들은 상호 및 순차로 공모하여 다음과 같은 행위를 하였다.

1999. 2.경 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이고, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높고, 1~2년 내에 코스닥 상장이 예정되어 있었는데, 삼성 SDS로 하여금 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하고 이재용 남매가 이를 인수하게 하여 이미 이재용 남매가 보유하고 있던 14.8%의 주식 지분과 합하여 1대 주주가 되게 함으로써 이재용 남매에게 삼성 SDS에 대한 경영지배권과, 나아가 시세차익이나 상장차익을 얻게 할 목적으로, 위 회사로 하여금 긴급한 자금이 필요하다는 명분을 내세워 사모 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하기로 하였다.

피고인 4는 1999. 2.경 공소외 11에게 위와 같은 신주인수권부사채 발행계획을 삼성 SDS에 전하도록 하는 한편, 자신은 구조조정본부장인 피고인 3에게 이를 보고하였고, 피고인 3은 그 즈음 피고인 이건희를 만나 위 계획을 보고하였는데, 피고인 이건희는 그러한 계획을 추진함은 물론, 이에 더하여 이재용 남매뿐만 아니라 피고인 3과 피고인 4도 그 신주인수권부사채의 인수인으로 동참할 것을 지시하였다.

한편, 피고인 7은 1999. 2.경 재무팀으로부터 이 사건 사모 신주인수권부사채의 발행 계획을 전달받은 후 바로 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달한다는 명목으로 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 구조조정본부 재무팀의 지시에 따라 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.

공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. '삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다'는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경

삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

1999. 2. 22.경 피고인 4와 공소외 11이 당초 계획하였던 것과는 달리 피고인 이건희로부터 피고인 3과 피고인 4도 동참하라는 지시가 떨어졌고, 그 지시는 피고인 3, 4를 거쳐 그 시경 피고인 7, 6에게 순차로 전달되었는바, 공소외 12는 그 시경 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.

1999. 2. 당시 피고인 6은 삼성 SDS의 대표이사로서 그 회사의 경영 전반을 총괄하고 있었고, 피고인 7은 그 회사의 재무담당 임원(상무)으로서 재무에 관한 한 실질적인 책임을 지고 있었으므로, 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 결의하고 그 발행을 실행함에 있어 정관과 법령이 정한 바에 따라 정상적인 의사결정절차를 거쳐야 함은 물론, 그러한 사채를 발행할 필요성과 발행할 사채의 규모, 내용 등 실질적인 요건을 엄밀히 검토하고 합리적인 판단을 함으로써 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 할 임무를 부담하고 있었다.

1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익 증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었고. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였으며, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였고 영업이 활성화되어 가고 있었으므로 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다고 할 것이고, 가사 긴급자금 조달이 필요하였다고 하더라도 신주인수권부사채의 발행은 잠재적 신주발행과 같은 효과가 있으므로 피고인 6과 피고인 7로서는 신주인수권의 행사가격을 적정하게 책정함으로써 그러한 사채의 발행으로 회사가 얻을 수 있는 자본을 최대한 확보하여 자본의 충실을 꾀해야 하는 의무와 희석효과로 인한 주가하락이나 지배구조의 변동으로 인하여 회사와 주주들이 입게 될 손해를 미연에 방지해야 할 의무 및 주가로서 표상되는 회사의 가치를 보전해야 하는 의무를 부담하고 있으므로, 비상장회사인 삼성 SDS의 신주인수권 행사가격을 정함에 있어서 회사의 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 하고, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 평가 방법들을 고려하고 당해 사채의 발행 목적, 발행 당시 회사의 상황, 회사 업종의 특성 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 신주인수권의 행사가격을 적정하게 산정하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인 6, 7 등은 그 임무에 위배하여, 삼성 SDS가 긴급한 자금을 필요로 하였는지 여부를 면밀히 검토해 보지 않고 오로지 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매와 피고인 3, 4로 하여금 저가로 인수하게 함으로써 제1대 주주였던 삼성전자 주식회사(29.9%)의 주식지분이 23.6%로 줄어드는 대신 이재용 남매의 지분 합계가 종래의 14.8%에서 25.4%로 증가하여 제1대 주주가 되게 할 의도로, 1999. 2. 25. 08:00~09:00 사이에 서울 강남구

역삼동 707-19 일옥빌딩 24층에 있는 삼성 SDS 본사 회의실에서 개최된 신주인수권부사채 발행을 위한 이사회에서, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다.

신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하고, 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였으며, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였고, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였으며, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

피고인 6, 7 등 이사회에 참석한 이사들은 삼성 SDS의 주가를 산정함에 있어 삼성 SDS의 주식에 관한 정상적인 거래사례가 있는지, 그 거래사례에 나타난 가격이 정상적인 교환가치를 적정하게 반영하고 있는지 등은 전혀 고려하지 않은 채 당시 시행되고 있던 상속세 및 증여세법이 정한 보충적 평가방법에 따라 1999. 1. 1. 현재를 기준으로 평가한 가액에 약간의 지배주주 프리미엄을 얹어 신주인수권부사채의 행사가격을 주당 7,150원으로 결정하였는바, 삼성 SDS의 주가는 사채발행일에 근접한 1999. 2. 10.경부터 같은 해 3. 15.경까지의 기간 동안 1주당 53,000원 내지 60,000원 범위 내에서 안정되어 있었고 그 이후에도 그 거래가격이 지속적으로 상승하였으며, 1999. 2.을 전후하여 삼성 SDS의 주식 및 대형통신업체를 비롯한 비상장주식의 장외거래가가 급등하였고 삼성 SDS의 주가는 주당 58,000원까지 상승하였으며, 1998. 7.경부터 1999. 12.경까지 거래당사자 134명 사이에 2,572회에 걸쳐 501,997주가 거래되었고, 1998. 11. 29.부터 2000. 1. 15.까지의 기간 동안 불특정 다수인 사이에 309회에 걸쳐 총 58,056주의 거래가 이루어진 사실이 있었으며, 특히 1999. 2. 26.에는 삼성 SDS의 주식 303주가 1주당 55,000원에 거래된 적도 있었는바, 이들 거래사례에 나타난 주당 55,000원은 1999. 2. 당시의 삼성 SDS 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래에 의한 가격이었다.

결국 피고인 이건희, 피고인 6과 피고인 7은 각 삼성 SDS의 이사로서, 피고인 3은 감사로서 각 그 업무상의 임무에 위배하여, 나아가 피고인 이건희, 피고인 3, 4는 각 삼성그룹 회장, 구조조정본부장, 구조조정본부 재무팀장으로서 삼성 SDS의 이사회가 개최되기 전에 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 함께 계획하고, 최종 인수인을 지정하거나 스스로 인수인이 되어 이 사건 사채의 상당 부분을 직접 인수하기까지 함으로써 피고인 6 등 삼성 SDS의 이사들의 업무상 배임행위에 적극 가담하여, 이 사건 신주인수권부사채를 적정한 가격에 현저히 미치지 못하는 가격으로 위 인수인들에게 넘겨줌으로써 그들에게 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득할 수 있는 권리를 부여하여, 그 결과 그들이 신주인수권을 모두 행사할 경우 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하면 32.9%가 되고, 그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 되어 이

재용 남매가 제1대 주주로 부상하게 함으로써 이재용 남매로 하여금 삼성 SDS의 경영지배권을 확보하게 하고, 동시에 이재용에게 31,453,814,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 657,342\text{주}\}$, 공소외 7, 8, 9에게 각 22,753,823,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 475,524\text{주}\}$, 피고인 3에게 36,138,425,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 755,244\text{주}\}$, 피고인 4에게 18,069,212,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 377,622\text{주}\}$ 등 합계 금 153,922,923,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 삼성 SDS에게 그 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위 및 목적

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

가. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위

- (1) 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고, 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이며, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높은 회사이었다.
- (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였고, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.
- (3) 피고인 7은 1999. 2.경 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달하기 위하여 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.
- (4) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. "삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다"는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 1999. 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결

재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

(5) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.

(6) 1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었으며. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였고, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였으며, 영업이 활성화되어 가고 있었으므로, 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다.

(7) 피고인 6, 7 등은 1999. 2. 25. 위 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 이사회에 상정하였는데, 그 이사회에서는, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다.

신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하였다.

(8) 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였고, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였으며, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였고, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

(9) 그 후 이재용 등은 이 사건 신주인수권을 행사하여 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득하였는데, 그 결과 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하여 32.9%(그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 된다)의 주식지분을 취득함으로써 제1대 주주로 되었다.

(10) 한편, 계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 신주인수권부사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 삼성 SDS 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1999. 2. 22.경 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매 4인 및 피고인 3, 4 등 6인이 인수하는 것으로 정하여 삼성 SDS에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 신주인수권부사채가 이재용 등 6인에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 신주인수권부전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 등에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 직권 판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 신주인수권부사채가 제3자 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 그 신주인수권 행사가액이 적정가격보다 저가로 발행된 결과, 원심의 앞서 본 법리에 따라 삼성 SDS가 손해를 입었지만, 그 손해액이 5억은 넘으나 50억이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 이 사건 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 신주인수권부사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 신주인수권부사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 삼성 SDS에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 삼성 SDS에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 신주인수권부사채의 저가발행으로 인하여 삼성 SDS가 그 적정가격(시가)인 55,000원에서 그 신주인수권의 행사가액인 7,150원을 공제한 금액에 신주인수권의 행사로 발행된 신주 3,216,780주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 삼성 SDS 경영자가 이 사건 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 행사가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다

적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 삼성 SDS에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 삼성 SDS가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 삼성 SDS의 경영자가 3,216,780주의 신주인수권이 부여된 신주인수권부사채를 그 당시 삼성SDS 주식의 시가로 발행하여 이재용 등이나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 원심의 위와 같은 판단은 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것으로서, 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 이 부분 원심판결은 그대로 유지될 수 없다고 할 것이다.

V. 피고인 및 특별검사의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 각 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 삼성전자, 삼성전기, 삼성화재해상보험 주식회사, 삼성에스디아이(SDI) 주식회사, 삼성증권, 에스원, 삼성물산의 주식을 친족 기타 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 회사별 소유 주식의 시가총액이 각 100억 원 이상인 대주주로서 피고인 3, 4 등에 대한 지휘·감독자이고, 피고인 3은 이건희의 개인재산 관리업무에 대한 지휘·감독자이며, 피고인 4는 위 업무를 전담하는 망 공소외 11, 14에 대한 직접 또는 상위의 지휘·감독자, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 구조조정본부 재무팀장으로서 망 공소외 11, 14의 위 업무에 대한 직접적인 지휘·감독자인바, 순차 공모하여,

2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31. 사이에, 망 공소외 11이 차명계좌를 통하여 이건희의 재산을 관리하던 중 당시 삼성그룹 직원이었던 공소외 김승언을 포함하여 모두 25명의 31개 차명 증권위탁계좌를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 28,526주, 삼성전기 주식 11,150주, 삼성화재 주식 19,260주, 삼성SDI 주식 2,200주, 에스원 주식 6,490주 합계 67,626주를 매도하여 6,668,753,956원 상당의 양도차익이 발생하였으므로, 위 금원에 대한 양도소득세 과세표준 신고를 확정 신고기한인 2001. 5. 31.까지 관할 세무서인 용산세무서에 하여야 함에도 불구하고, 해당 주식거래를 납세 의무자 이건희 본인이 아닌 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 계좌 내에서 거래함으로써 세무당국에 포착되기 어렵게 하고 그 주식거래로 인한 소득을 신고하지 아니하여 과세관청이 양도소득세 과세표준을 결정할 수 없도록 함으로써 사기 기타 부정한 행위로써 위 양도차익에 대한 양도소득세 1,333,316,489원을 포탈한 것을 비롯하여 공소장 별지 1 범죄일람표 기재와 같이 2000년부터 2006년 사이에 삼성그룹 전·현직 임원 258명 명의의 차명 증권위탁계좌 341개를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 1,329,031주, 삼성물산 주식 36,947주, 삼성전기 주식 215,229주, 삼성증권 주식 71,148주, 삼성화재 주식 66,144주, 삼성SDI 주식 65,536주, 에스원 주식 287,403주 합계 2,071,438주를 매도하여 564,346,083,082원의 양도차익이 발생하였음에도 각 주식을 매도한 해의 다음해 5. 31.까지 이에 대한 소득을 신고하지 아니하고 사기 기타 부정한 행위로써 양도소득세 112,870,008,581원을 포탈하였다.

2. 원심의 판단

가. 관련 법령과 법리

- (1) 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호는, 소득세의 경우 '사기 기타 부정한 행위'로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

그리고 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제1호는, 그 중에서도 포탈세액 등이 연간 10억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 이 경우 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 되어 있다.

조세의 탈루가 고의로 부정한 행위에 의하여 이루어진 경우에는 국가의 과세권을 침해하고 국민의 조세평등을 해치는 반사회적인 범죄행위이므로, 그러한 요건에 해당하지 않는 조세회피행위와 구별하여 형사처벌까지 가하는 것이다.

따라서 조세포탈죄를 유죄로 인정하기 위해서는, 납세의무자가 사기 기타 부정한 행위에 의하여 조세채권에 대한 포탈의 결과를 발생하게 하여야 하며, 그에 대한 고의가 있었다는 점도 증명되어야 한다.

- (2) 그런데 원래 소득세법상 상장주식의 양도로 인한 소득에 대하여는 양도소득세 납세의무가 없는 것이지만, 일정한 범위의 대주주에 대해서는 주식의 양도소득에 대하여 납세의무가 있다.

즉, 소득세법이 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되면서 증권거래소에 상장된 주식 또는 출자지분으로서 대통령령이 정하는 것의 양도로 인하여 발생하는 소득을 양도소득세 과세대상에 포함하도록 하는 제94조 제3호(이하 '이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정'이라 한다)가 신설되고, 이에 따라 소득세법 시행령 제157조가 1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정됨으로써 '주권상장법인의 주식 등의 합계액 중 5% 이상에 해당하는 주식 등을 소유하고 있는 주주 또는 출자자 1인 및 그와 국세기본법 시행령 제20조의 규정에 의한 친족 기타 특수관계에 있는 자가 당해 법인의 주식 등의 합계액의 1% 이상(3년간 합산하여)을 양도하는 경우' 양도소득세 납세의무가 발생하게 되었다(1999. 1. 1.부터 각 시행).

한편, 위 소득세법 시행령 제157조가 1999. 12. 31. 대통령령 제16664호로 개정됨으로써 대주주의 범위에 대한 요건이 달라졌는데, '① 주권상장법인의 주주 또는 출자자 1인 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 자가 양도일 직전사업연도 종료일 현재 당해 법인의 주식 등의 합계액의 3% 이상을 소유한 경우 또는 ② 양도일 직전사업연도 종료일 현재 소유하는 당해 법인 주식 등의 시가총액이 100억 원 이상인 경우'이다(2000. 1. 1.부터 시행).

- (3) 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려서 사용하였다 하여 그 차명계좌 이용행위 한 가지만으로 구체적 행위의 동기와 경위 등의 사정을 떠나서 어느 경우에도 관련 소득의 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니지만, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정상 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유라는 사실이 드러나는지 여부가 피고인 이건희의 양도소득세 납세의무의 존부를 결정짓는 요소인 것이므로, 과세대상의 무신고와 아울러 여러 개의 차명계좌에 분산 입금(입고)하거나 순차 다른 차명계좌에 입금(입고)을 반복하는 행위, 현금 등 지급수단의 교환반복행위 등과 같이 차명계좌의 재산이 피고인 이건희의 소유인 사실을 감추려는 적극적 의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 양도소득세의 부과징수를 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도의 부정한 행위가 있는 것으로 보아야 한다.

나. 판단의 전제사실

앞서 거시한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 차명으로 주식을 취득하게 된 경위

이 사건 공소제기된 피고인 이건희의 차명 증권위탁계좌의 주식은, 위 피고인이 1987년 선대회장 망 이병철로부터 차명계좌 상태로 상속받은 주식과 그밖에 주주배당금 등 위 피고인 소유의 자금으로 주식을 매입한 것, 망 이병철로부터 가차명예금 등의 형태로 상속받은 금원으로써 매입한 주식이 있다(피고인들의 진술에 의함. 이에 대하여 특별검사의 탄핵이 없으므로 그대로 판단의 전제사실로 삼는다).

(2) 차명계좌 관리 상황

피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 공소외 14가 특별검사에게 제출한 차명계좌는 404명 명의의 활동성계좌 1,042개(약 4조 5,370억 원 상당)와 폐쇄계좌 152개이고, 이를 포함하여 확인된 차명계좌가 대략 486명 명의의 1,199개에 이른다.

이 중 증권위탁계좌는 활동계좌 595개와 폐쇄계좌 119개의 합계 714개이며, 위 714개의 증권계좌 중 2000년부터 2006년까지 사이에 주식을 매도한 거래가 있었던 증권계좌인 258명 명의의 341개 계좌에 대하여 이 사건 공소가 제기되었다(위 활동계좌 595개 중 해당 매도거래가 없는 계좌를 제외한 나머지 180명 명의의 234개 계좌와, 위 폐쇄계좌 119개 중 89명 명의의 107개 계좌의 합계 341개).

삼성그룹 비서실, 구조조정본부 또는 전략기획실에는 피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 전담 직원이 있었는데 이 사건 해당 기간에는 망 공소외 11과 공소외 14가 금융시장 동향분석, 공시업무와 함께 위 개인재산 관리업무를 담당하였다.

공소외 11의 후임자인 공소외 14는 2003. 10.경 공소외 11로부터 피고인 이건희의 재산관리에 필요한 컴퓨터 파일 형태의 자료와 통장 및 카드를 임시로 교부받고 금고 등 개인재산 관리업무를 부분적으로 맡게 되었고, 공소외 11이 사망하기 직전인 2005. 7. 정식으로 관리업무를 인계받았다.

위 컴퓨터 파일자료에는 차명을 제공한 명의자들의 인적사항, 금융기관의 명칭, 금융상품의 종류와 금액, 증권위탁계좌의 주식의 종목별 수량 등이 정리되어 있다.

망 공소외 11과 공소외 14는 명의자의 퇴직 등으로 인하여 기존 차명계좌의 사용이 곤란해질 것으로 예상되거나 곤란해진 경우에 해당 계좌의 주식을 매도하여 현금으로 인출하고, 새로이 다른 명의로 개설한 차명계좌나 기존의 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하였다.

고액권 수표로 인출된 후 수표를 오랫동안 사용하지 않고 그대로 보관하고 있는 액수도 다액에 이른다.

또한, 유상증자가 시행되는 경우에 인수자금부족으로 신주인수를 포기하기보다는 신주를 시가보다 낮게 인수하는 것이 유리하다는 점에서 신주인수대금을 마련하기 위하여 기존 보유주식을 매각하기도 하였는데, 이는 대부분 1998년과 1999년에 이루어졌고, 2000년(2000년 이후 매도분만 공소제기됨) 이후에는 2000. 1. 삼성화재의 유상증자에 참여하기 위하여 소량의 주식을 매도한 사례가 있을 뿐이다.

(3) 보고체계 등

피고인 이건희의 개인재산 관리업무는 재무팀장인 피고인 4와 그 후임자인 피고인 8 내지 실무전담직원인 망 공소외 11과 그 후임자인 공소외 14에게 위임되어 있었고, 피고인 3은 개인재산 관리업무에 대하여 전반적인 지휘감독자, 피고인 4 및 피고인 8은 차상위 지휘감독자의 지위에 있었다.

피고인 4는 피고인 이건희에게 통상 2~3년에 한번씩 이 사건 차명계좌를 포함하는 전체 재산현황을 간략히 보고하였다.

다.

판 단

(1) 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (유죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8에 대한 2000년 내지 2006년 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 유죄 부분 기재와 같은 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 각 과세연도별 상장주식 양도소득세포탈 부분을 본다.

위 인정 사실에 의하면, ① 피고인 이건희의 개인재산관리를 담당하였던 망 공소외 11과 공소외 14는 주로 삼성그룹 전·현직 임직원의 명의로 차명계좌를 개설하여 사용하였고, ② 천 개가 넘는 많은 차명계좌들을 사용하여 피고인 이건희의 소유인 주식, 현금, 채권 등을 분산해 놓았으며, ③ 하나의 차명계좌에서 다른 차명계좌로 재산을 이전할 때에는 과세관청의 추적이 불가능하도록 수표나 계좌이체가 아닌 현금 출금의 방법만을 취하였다.

그렇다면 망 공소외 11과 공소외 14가 위와 같이 다수의 분산된 차명계좌로 주식을 취득하고 매도하는 거래를 하고도 그 양도소득을 신고하지 아니한 행위는, 세무공무원이 위 차명계좌의 주식이 모두 대주주인 피고인 이건희의 소유로서 양도소득 과세대상에 해당함을 발견하는 것을 불능 또는 현저히 곤란하게 하였다고 인정된다.

(나) 변호인의 주장에 대한 판단

피고인들과 변호인은 비록 차명계좌를 이용하였다고 하더라도 구체적 행위의 동기와 경위에 비추어 '사기 기타 부정한 행위'가 아니라고 주장한다.

즉, ① 경영권 방어 목적에서 차명으로 주식을 보유하게 되었으며 차익거래를 통한 재산증식의 목적도 없었기 때문에 차명계좌를 보유하게 된 동기와 경위에 있어서 조세포탈과 무관하다는 것과, ② 차명계좌의 주식을 양도한 것은 명의자의 퇴직이나 사망 등으로 새로운 명의자의 계좌로 교체하는 경우 및 유상증자가 있을 때 신주인수대금을 마련하려는 경우가 있었을 뿐이므로 주식 매도를 통해서 소득을 올리려는 의사 자체가 없어 단순한 차명계좌의 보유 외에 적극적인 소득은닉행위가 없다는 것이다.

살피건대, 삼성전자 등 계열사 주식을 빈번하게 매매함으로써 양도차익으로 재산을 증식하기 위하여 차명계좌에 그 재산을 은닉한다는 의도가 있었다고 볼 만한 증거나 객관적 정황은 존재하지 아니하며, 변호인의 위 주장을 뒷받침할 자료가 충분히 제출되지는 아니하였으나 그와 같은 구체적 행위의 동기와 경위를 참작할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 망 공소외 11, 공소외 14는 매우 많은 차명계좌들을 운용하면서, 어느 차명계좌로부터 금원을 인출하여 소비하거나 새로운 계좌에 입금할 필요가 있을 때에는 그 액수가 고액이더라도 대부분 현금출금 등의 방법을 통함으로써 자금추적을 곤란하게 하고, 배당금수령액을 수표로 출금한 경우에는 동일 명의인의 계좌에만 입금하거나 사용하지 않고 금고에 장기보관하는 등 과세관청으로 하여금 차명계좌들의 상호 연관성을 발견하기 곤란하게 하였던 사정, 기존 명의자의 차명계좌를 더 이상 사용하지 아니할 경우에는 그 명의자 계좌의 주식을 모두 매도하고 현금으로 전액출금한 다음에 신규 또는 기존의 다른 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하는 방법에 의하였던 사정(변호인 제출의 2008. 6. 24.자 변론요지서에 첨부된 원심판결문 별첨 3 '매도·매수 연결계좌' 내역은 이러한 사실인정을 뒷받침한다) 등을 종합하여 보면, 위와 같은 행위는 다수 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유인 사실을 발견하기 매우 곤란하게 하는 사회통념상 부정한 행위로서 적극적 은닉의도가 현저하므로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다.

(다) 조세포탈의 고의

피고인 이건희 등이 상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

(라) 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식에 관한 양도소득세 부분

변호인은, 1999. 12. 31.자 대통령령 제16664호 개정 소득세법 시행령이 시행되기 이전에는 피고인 이건희가 대주주 요건에 해당하여 상장주식 양도소득세 납세의무가 있는지 여부가 불분명하였으므로, 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식의 양도로 인한 연도별 소득세 합계 13,079,223,470원 부분에 대해서는 조세포탈의 범의가 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정은 대주주의 주식거래에 대하여 양도소득세를 부과하는 취지로 신설된 것이고, 피고인 이건희가 삼성전자 등 계열사의 대주주임이 명백한 이상, 피고인들은 적어도 1999. 1. 1. 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 시행된 때부터는 장차 피고인 이건희 소유의 주식을 매도하는 양도소득에 대하여 소득세납세의무가 발생할 것이라고 예견할 수 있었다고 할 것이다(양도소득세 부과요건에 해당한다는 점만 인식하면 충분하지, 그 양도 이후에야 확정될 세액 등에 대하여 구체적으로 인식할 것을 요하지 아니한다).

(마) 공동정범 성립

앞서 본 바와 같은 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 지위와 이건희 개인재산 관리업무에 있어서의 역할, 관리상황에 대한 보고 경위 등에 비추어 보면 피고인 3, 4, 8은 상피고인 이건희와 사이에 공동정범 관계가 있었다고 인정된다.

(바) 소결론

그렇다면 원심판시 범죄사실 제1항과 같이 피고인 이건희가 차명계좌를 통하여 1999. 1. 1. 이후에 취득한 주식을 그 후 양도함으로써 얻은 양도차익에 대한 각 과세연도별 소득세 합계 46,561,789,308원 부분은 위 피고인들의 조세포탈죄 공동정범이 성립한다.

(2) 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (무죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년 내지 2006년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 취득한 이건희 소유의 주식을 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로써 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 무죄 부분 기재와 같은 각 연도별 양도소득세를 합계 65,649,063,467원 상당(다만, 피고인 8은 1998. 12. 31. 이전 취득주식에 대한 2004년 내지 2006년의 연도별 양도소득세 합계 50,106,684,159원 상당) 포탈하였다는 부분을 본다.

(나) 헌법 제38조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거로 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하며, 이러한 소급과세금지 원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰보호에 기여한다.

특히, 조세형사법의 운용에 있어서는, 법 시행 당시의 행위와 사실만이 적용대상이 되고 그 시행 이전에 완결된 행위와 사실에는 원칙적으로 적용이 없다고 하는 죄형법정주의에 따른 형벌불소급의 원칙이 함께 적용되어야 한다.

(다) 차명계좌의 사용이 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 하려면, 주식을 매도할 때 계좌에 입금되는 그 매도대금이 차명계좌를 통하여 은닉된다는 결과를 적극적으로 의도하는 것이어야 하므로, 원칙적으로 주식을 차명계좌에 매수·입고하는 행위가 있어야 한다.

그런데 피고인 이건희가 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌를 통하여 주식을 취득할 당시에는 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 아직 신설되지 아니한 상태여서 대주주의 주식양도로 인한 양도소득세의 납세의무에 대하여 전혀 예견할 수 없었고 동 규정 시행 이후에는 그 주식을 차명계좌에 보유하다가 매도하는 행위가 있었을 뿐이므로, 양도소득세 과세대상에 해당하는 점과는 별도로 조세포탈죄의 사기 기타 부정한 행위라고 볼 수 없다.

다만, 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식에 대하여 만약 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 새롭게 조세포탈 의도가 분명히 드러나는 적극적인 은닉행위가 있는 경우에는, 사기 기타 부정한 행위에 해당할 가능성이 전적으로 배제되는 것은 아닐 것이다.

그러나 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌에 주식을 입고하여 그 소유관계를 은닉하는 행위가 완결되어 있고, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 위 주식에 관하여는 배당금수령, 주식매도, 현금인출 등과 계좌폐쇄 행위가 있었을 뿐인데 이것은 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이전에 만들어진 차명계좌를 계속 보유하면서 관리하는 차원으로 볼 수 있어서 그것만으로는 적극적 은닉행위에 해당한다고 할 수 없다(차명계좌를 해소하지 아니한 부작위라 해도 마찬가지이다).

(라) 특별검사의 주장에 대한 판단

이와 달리, 각 계좌마다 계속적으로 동일 주식의 매도와 매수를 반복한 경우가 대부분이라고 하는 특별검사의 주장을 보건대, 이는 주가의 등락시마다 매수·매도를 통해 시세차익을 올려 재산을 증식할 목적이므로 조세포탈 의도가 있었다고 주장하는 취지로 설행할 수 있지만, 그러한 사실관계에 대하여 아무런 증거가 없다(변호인 제출의 계좌 거래 내역, 주가추이, 회사공시자료 등에 비추어 보면 그러한 정황은 없는 것으로 보인다).

(마) 소결론

그렇다면 각 연도별 조세포탈의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

(3) 면소 선고 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년, 2001년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실의 요지는 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 이건희 소유의 주식을 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로써 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 해당란 기재와 같이 2000년 1,337,542,614원, 2001년 2,450,387,175원의 양도소득세를 각 포탈하였다는 것이다.

(나) 판 단

위 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전 취득 주식에 관한 양도소득세포탈 부분은 전술하는 바와 같은 이유에서 무죄로 판단된다.

무죄 부분을 제외한 나머지 양도소득세 포탈액은 2000년 귀속분 170,764,291원, 2001년 귀속분 488,391,515원이다.

그렇다면 포탈세액이 모두 5억 원 미만이므로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 가중 규정이 적용되지 아니한다(가중 요건이 2억 원 이상이던 구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것)의 규정은 형법 제1조 제2항에 따라 적용되지 아니한다). 따라서 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호를 논할 수 있을 뿐인데, 이는 같은 법 제17조에 따라 공소시효가 5년이다.

이 사건 양도소득세를 포탈하는 죄는 양도소득과세표준 확정신고 기간을 도과하는 때에 성립하는 것이고, 특별검사의 공소는 2000년분, 2001년분 양도소득과세표준 확정신고기간 만료일인 2001. 5. 31. 및 2002. 5. 31.로부터 5년이 경과한 후인 2008. 4. 17.에 제기되었음이 기록상 명백하다.

따라서 피고인 이건희, 피고인 3, 4에 대한 2001. 5. 31.자, 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다.

3. 당심의 판단

가. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 사실오인, 법리오해의 주장에 대하여(1999. 1. 1. 이후 취득한 주식(1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 부분 포함)에 대한 양도소득세 포탈 부분)

조세범처벌법 제9조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조에 규정된 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위를 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결 등 참조). 그리고 조세포탈죄는 고의범이지 목적범은 아니어서 피고인

이 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하지는 아니하므로, 납세의무를 진다는 것과 자기의 행위(작위, 부작위)가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에는 조세포탈죄의 범의가 인정된다고 할 것이다.

위 각 법리에 비추어 이 사건 증거들을 면밀하게 살펴보면, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 특별검사의 사실오인, 법리오해, 이유모순, 이유불비의 주장에 대하여(1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 및 면소 선고 부분)

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001도3797 판결 등).

이러한 법리에 비추어 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 위에서 본 사유들에, 원심 및 당심이 적법하게 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 이건희의 선대 이병철 회장이 차명계좌를 이용한 이유가 각종 행정법규상의 규제나 제재, 조세당국의 자금출처 조사를 통한 조세부과, 기타 사회적인 비난 등을 회피하기 위한 탈법적 목적이 있었다거나, 1987. 11. 피고인 이건희가 위 차명계좌를 그대로 상속받으면서 상속세를 포탈하였다고 하더라도 이러한 사정은 사기 및 부정한 행위의 판단에 영향을 미치는 요소라고 보기는 어려운 점, ② 1993. 금융실명제 실시에도 불구하고 실명화하지 않았고, 이후 1998. 및 2002. 등 수회에 걸쳐 실명화할 수 있는 기회가 있었음에도 차명계좌를 유지하였다고 하더라도, 이러한 부작위를 바로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 볼 수는 없는 점을 더하여 보면, 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다고 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실오인, 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 특별검사는, 원심이 ① 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, ② 만약, 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 이는 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판시한 부분(원심 판결문 17면의 "상장주식 양도소득세 납세의무가 있음에서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

"는 부분)과 상반되는 판단을 한 것이라고 주장하나, 원심은 ① 피고인들의 이러한 차명계좌의 관리실태를 무죄 부분에서는 양도 이후의 사정으로만 고려하여 적극적 은닉행위가 없었다고 판단한 것이며, 유죄 부분에서는 그 차명주식의 양도 이후의 사정으로뿐만 아니라, 그 차명주식을 양도한 후 다른 차명주식의 취득시의 사정으로 함께 고려하여 적극적 은닉행위가 있었다고 판단한 것으로서, 위 각 판단이 서로 상반된다고 볼 수 없고, ② 또한 원심판시의 취지는 '사기 기타 부정한 행위'의 범위와 본질을 파악함에 있어서 위계 기타 부정한 적극적인 행위와 무신고 또는 과소 신고행위를 포괄하여 조세포탈범의 실행행위인 '사기 기타 부정한 행위'로 보는 이른바 포괄설의 입장에서 차명주식의 취득시점에서도 '사기 기타 부정한 행위'에 대한 인식이 있어야 한다는 취지이며, 차명주식의 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지가 아니어서 조세포탈죄의 기수시기 및 범의에 관한 법리를 오해하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단하였다고 특별검사가 주장하는 부분은 그 원심판시의 취지가 1999. 1. 1. 이후에는 대주주의 상장주식 양도행위 자체가 양도소득세 과세대상으로 규정되었기 때문에 그 때부터는 상장주식을 취득하면서 차명계좌를 개설하거나 또는 차명주식을 취득하는 행위는 그 이후의 양도행위와 아울러 차명계좌를 이용하는 행위로서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다는 취지일 뿐이고, 조세포탈의 기수시기나 차명계좌에서 주식을 양도할 때의 행위나 정황만을 기준으로 고의 존부를 판단하여야 한다는 취지가 아니어서 서로 상반되는 판단이라고 볼 수 없으므로, 거기에 이유모순, 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 특별검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

VI. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 각 양형부당 항소이유와 특별검사의 같은 피고인들에 대한 각 양형부당의 항소이유에 대한 판단

1. 피고인 이건희의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인에 대한 양형부당의 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원에 이르며, 포탈기간도 6년에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻을 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 피고인은 망 이병철로부터 차명주식을 상속받아 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 피고인은 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었을 뿐만 아니라 그로 인하여 취득한 이득을 박탈하기 위하여 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인은 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 이 사건 증권거래법위반의 범행은 증권거래법이 금지하는 내부정보이용 등 계열사 주식의 매매를 통하여 재산증식을 꾀하려는 부정한 의도로 범한 것은 아닌 것으로 보이는 점, 피고인이 1999. 11.부터 2000. 4.까지 폐암수술 및 방사선 치료를 받았으며, 현재도 '세균성 폐염', '심낭염 및 늑막염', '폐부종',

‘관상동맥협착증세’ 등으로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인이 삼성그룹의 지배주주로서의 지위와 경영권을 승계받아 삼성전자 등의 계열회사를 세계적인 기업으로 변모시키는 등 경영능력을 발휘하여 국가경제 발전에 기여하고, 고용창출 등을 통하여 사회안정에도 기여함으로써 ‘사업보국(事業報國)’의 역할을 수행한 점, 피고인이 이 사건 공소 제기 이후 그 책임을 지고 그룹과 관련된 모든 직위에서 물러난 점, 피고인이 대한레슬링협회 회장, 국제올림픽위원회 위원, 2002년 월드컵 축구대회 조직위원회 위원으로 사회에 봉사하고 체육발전과 소외계층 등에 대한 지원을 하여온 공로를 인정받아 대통령 체육포장, 체육훈장 맹호장, 체육훈장 청룡장, 국민훈장 무궁화장 등을 수여받은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 원심의 위 선고형량은 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고 인정되지는 아니하므로, 피고인과 특별검사의 위 각 주장은 모두 이유 없다.

2. 피고인 3, 4, 8의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원(다만, 피고인 8의 경우 37,649,660,866원)에 이르며, 포탈기간도 6년(피고인 8의 경우 3년)에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점, 피고인 3은 상피고인 이건희의 포괄적 위임을 받아 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 총괄적으로 지휘·감독하는 역할을 수행하였고, 피고인 4는 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 실무로 담당하는 망 공소외 11과 공소외 14를 직접 또는 간접으로 지휘·감독하고 상피고인 이건희, 피고인 3에게 그 재산관리 및 운용상황을 보고하는 등 실질적으로 위 재산관리업무를 주도하는 역할을 수행하였으며, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 재무팀장으로 근무하면서 위 망 공소외 11과 공소외 14를 직접으로 지휘·감독하는 역할을 수행한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻으 목적으로 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 상피고인 이건희의 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 상피고인 이건희가 망 이병철로부터 차명주식을 상속받는 바람에 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 상피고인 이건희가 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었으며, 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 피고인들은 국세기본법에 의한 과점주주가 아닌 행위자에 불과하고, 이 사건 조세포탈의 범행으로 취득한 경제적 이익이 전혀 없는 등 조세범처벌법 제3조 단서에 의하여 각 그 벌금형을 감면받을 수 있는 한편, 그로 인하여 이득을 취득한 상피고인 이건희에 대하여는 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인들은 이 사건 공소제기 후 경영일선에서 물러난 점, 피고인 3은 1999년 우측 신장 절제수술을 받아 현재 만성 신질환 2기 내지 3기로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인 3은 2004. 9. 17. 정치자금에 관한 법률 위반죄로 징역 2년 6월 집행유예 4년의 처벌을 받은 전력 외에는 형사처벌을 받은 전력이 없으며, 피고인 4, 8은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 특히 피고인 8은 2004. 1. 이후에 재무팀장으로 근무하기 시작하였던바, 차명주식 관련 업무는 종전부터 이루어지던 것이어서 같은 피고인이 이를 실명화하기로 결정하기는 사실상 어려웠을 것으로 보이고, 그 지위·역할

에 비추어 다른 피고인들에 비하면 책임이 상대적으로 낮은 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 피고인들에 대한 원심의 위 선고형량은 너무 무거워 부당하다고 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장은 모두 이유 있고, 특별검사의 위 주장은 이유 없다.

Ⅶ. 결 론

그렇다면 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 면소 부분에는 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인 3, 4, 8에 대한 유죄 부분에는 같은 피고인들의 항소가 이유 있어, 위 각 부분 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 위 각 부분 원심판결(이유무죄 중 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분 및 피고인 3, 4, 8에 대한 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자(다만, 피고인 8은 2005. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 각 포함)을 각 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하며, 피고인 이건희의 항소 및 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대한 무죄 부분, 피고인 이건희에 대한 유죄 부분{이유무죄 중 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함}, 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대한 면소 부분(이유무죄 중 2001. 5. 31.자 및 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함)에 대한 특별검사의 각 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 각 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 항소이유의 요지

1. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 항소이유

가. 사실오인 및 법리오해

원심은, 이 부분 공소사실 중 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식의 양도에 대한 양도소득세 포탈 부분에 대하여는 위 피고인들이 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하고, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 인정된다는 이유로 유죄로 판단하였으나, 이 사건 차명계좌는 과거부터 경영권 방어라는 동일한 목적과 의사 아래 관리가 이루어져 온 점 등에 비추어 보면, 그 과정에서 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위를 두고 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'라고 할 수는 없으며, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 없었고, 특히 1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득하고 이후 양도한 주식에 대하여는 당시 시행되던 소득세법령에 의하여 양도소득세 납세의무가 성립할 것인지 여부가 불분명하였으므로 조세포탈의 범의가 더욱 없었다고 보아야 함에도, 원심은 그와 관련된 사실을 오인하거나 조세포탈죄에 관한 법리를 오해하여 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나. 양형부당

위 피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때 원심의 형량(피고인 이건희: 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 110,000,000,000원, 피고인 3 : 원심판시 2003. 5. 31.자 및 2004. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 14,000,000,000원에, 원심판시 2005. 5. 31.자, 2006. 5. 31.자, 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 60,000,000,000원, 피고인 4 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 74,000,000,000원, 피고인 8 징역 3년 집행유예 4년, 벌금 40,000,000,000원)은 지나치게 무거워 부당하다.

2. 특별검사의 항소이유

가. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 및 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 법리오해

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 이는 자본거래로서 회사의 자본증가와 함께 자산 자체는 증가할 뿐 회사 밖으로 유출되는 자산은 없으므로 회사에게는 손해가 없고, 따라서 회사 경영자(이사)에게 전환사채 등의 발행에 있어서 최대한의 자금이 회사에 유입되도록 할 임무가 없으며, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되고, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되며, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

그러나 이는 자본거래와 손익거래를 구분하여 좁은 의미에서의 자본거래로서는 손익이 발생하는 것으로 보지 않는 회계학과 세법상의 정의를 토대로 한 것으로 형법에서의 손익 개념과는 전혀 다른 것이라는 점, 일반적으로 주주의 이익은 회사의 이익과 직결되고, 회사의 이익은 주주의 이익으로 귀결되므로 위와 같이 특별한 경우에 한정하여 주주의 이익이 회사의 이익으로 '포섭'된다는 식의 이론은 회사법의 법리에도 맞지 않으며, 상법 제424조의2 자체의 명문 규정에도 반하는 점, 전환사채 등의 발행은 회사의 행위이고, 주주의 법률행위가 아니라는 점에서도 전환사채 등의 저가발행으로 손해가 발생하는 경우 그 손해는 당연히 회사에 귀속된다고 보아야 하며, 주주의 손해는 간접적인 것이거나 회사의 손해의 다른 한 측면이라는 점, 동일한 자본 형성의 대가로 그에 상응한 자산을 취득할 수 있는데도 과소한 재산을 형성한 것으로서 이는 회사의 자산 유출과 동일하다는 점 등을 종합하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 전환사채 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리 등을 오해한 위법을 범한 것이다.

나. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 배정방식과 관련한 사실오인 및 법리오해

원심은, ① 전환사채의 발행을 결의한 이사회 결의가 무효이더라도 주주들에 대한 인수권 부여에는 하자가 없고, ② 청약만기를 보장하지 아니한 점은 주주배정이 아니라 제3자 배정으로 보기에 충분한 근거가 되지 못하며, ③ 주주에 대한 통지 및 실권예고부 최고가 없었다는 점에 관하여는 합리적 의심을 배제할 만한 충분한 증거가 없고, ④ 주주들의 실권이 사전에 예정되어 있었다는 점은 인정되나, 사전에 실권이 예정되어있었다고 하더라도 주주에 대한 기망, 협박 등 불법행위가 없었다면 주주들은 자의로 실권한 것으로 보아야 하므로, 주주배정 방식으로 발행한 것으로 보아야 한다고 판시하였으나, ㉠ 1996. 10. 30.의 이사회 결의 내용 중 '전환사채의 발행' 및 '주주 우선배정 후 실권 시 제3자 배정'이란 부분은, 기존주주들에게 인수권을 부여하였는지 여부와 관계없이 그 법적 효력을 인정할 수 없으므로 그에 기초한 사실상의 발행, 배정 절차에 나아갔다 하더라도 이는 부존재한 것이나 다름없다 할 것이어서, 이 점에서 이 사건 전환사채는 주주배정이 아니라 1996. 12. 3.에 비로소 제3자인 이재용 등에 대하여 발행되고 배정된 것으로 보아야 하는 점, ㉡ 삼성 에버랜드 주식회사(이하 '에버랜드'라 한다)의 이사들이 주주들에 대하여 1996. 12. 3.까지 청약의 기회를 보장하지도 않고 1996. 11.말 이전에 제일제당 주식회사(이하 '제일제당'이라 한다)를 제외한 기존주주들이 인수하지 않은 것으로 미리 임의로 확정된 다음 그날 16:00경 제3자에게 배정해버린 것은 주주들의 정당한 인수기회를 박탈한 것인 점, ㉢ 에버랜드가 주주들 모두에게 배정기준일 통지서와 청약안내서를 전달하였다는 점에 관한 진술증거는 모두 피고인들과 밀접한 이해관계가 있는 자들에 의한 것이며, 다른 관련 증거에 비추어 보아 믿기 어려운 반면, 에버랜드가 보관하고 있었다고 하는 배정기준일 통지서, 청약안내통지서, 중앙일보가 보관하고 있었다고 하면서 검찰에 제출한 배정기준일 통지서와 청약안내서는 오히려 그러한 통지 등의 절차가 이루어지지 않았다는 증거가 되는 점, ㉣ 이 사건 전환사채는 당초(1996. 10. 30.)부터 이재용 등에게 배정할 계획하에 주주배정 발행절차의 외형만 갖추어 놓고 아무런 절차 없이 1996. 12. 3.에 곧바로 이재용 등에 대하여 발행되고, 그들 명의로 예정된 바에 따라 인수한 것이므로, 제일제당을 제외한 주주들은 "배정받은 인수권을 행사하지 않은 것"이 아니라, "배정받은 사실 자체도 없었다.

"고 보아야 할 것인 점 등으로 종합하여 보면, 이 사건 전환사채는 제3자 배정으로 발행된 것으로 보아야 할 것임에도, 원심이 이 사건 전환사채가 주주 배정방식에 의하여 발행된 것으로 봄으로써 사실오인 및 법리오해의 위법을 범하였다.

(2) 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비

이 사건 공소사실 중 에버랜드의 이사회가 비서실의 지시에 따라 전환사채를 발행한 목적이 이재용 등에 대한 지배권 이전에 있었으므로, 에버랜드의 이사가 긴급한 경영상의 필요도 없는 상태에서 시설자금을 조달한다는 명목으로 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하여 회사의 지배권을 넘기는 것은 이사의 선관주의의무를 위반하는 행위라는 부분과 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하기 위하여는 정관에 이에 관한 정함이 없는 한 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다는 상법 제513조 제3항의 규정은 처음부터 제3자 배정방식으로 발행하는 경우는 물론, 주주에게 배정한 후 실권분이 발생하여 그 실권분을 제3자에게 배정하는 경우에도 적용되는데, 에버랜드의 이사는 이사회 결의만으로써 주주총회의 특별결의를 거치지 아니하고 이 사건 전환사채를 제3자에게 배정하였으므로 법령, 정관 및 선관주의의무를 위반하였다는 부분에 대하여 원심이 전혀 심리, 판단하지 않음으로써, 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비 등의 위법을 범하였다.

다.

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 시가와 관련한 사실오인, 법리오해

(가) 원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행 당시의 삼성 에스디에스 주식회사(이하 '삼성 SDS'라 한다) 주식에 관한 거래실례는 다수 있었으나 그 거래사례는 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 거래의 실례가 된다고 보기 어렵고, 달리 공소사실이 적시한 주당 55,000원이 1999. 2. 26. 무렵의 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 반영하지 못할 수 있다는 합리적인 의심을 배제할 정도의 입증이 없다고 판단하였으나, 공소외 1, 2, 3 등 3인은 비상장주식에 관한 가격정보를 제공하는 일을 하였으며, 서울지방법국세청이 밝혀낸 309회 실제거래의 상당 부분이 위 3인을 통하여 이루어진 것처럼 나타나 있다고 하더라도, 위 3인은 주로 거래를 중개하는 사람들이었고, 삼성 SDS의 주식거래는 주로 삼성의 전·현직 임직원들에 의하여 이루어진 점, 1회 거래 물량이 많지 않으며, 주식 거래하는 사람들 간에 하루에 같은 주식을 여러 번 사고파는 일이 있었다고 하더라도, 서울지방법국세청의 조사로 밝혀진 위 3인이 관여한 309회에 걸친 58,056주의 거래는 그 거래기간에 비추어 결코 과도하지 않을 뿐 아니라, 잦은 거래는 오히려 자유로운 경쟁매매가 이루어졌다는 사실을 반증한다는 점, 그들은 증권계좌에 이 사건 거래 주식을 입고하거나 이체하였고, 금융기관을 통하여 매매대금을 지급하는 등 투명한 방법으로 거래한 점, 위 3인이 1998. 11. 20.부터 이 사건 사채 발행일인 1999. 2. 26.까지 사이의 매매거래에서, 공소외 3은 685주를, 공소외 1은 2,360주를, 공소외 2는 2,067주를 각 매도하여 공소외 3은 1,130,510원의 손해를 보았으며, 공소외 2 역시 12,791,290원의 손해를 보았고, 공소외 1만 16,225,720원의 이익을 본 점, 피스톡에 게재된 장외거래가격 추세와 실제거래가격 추세가 비슷한 것은 시세정보가 실제거래의 결과를 반영한 데 따른 것인 점, 삼성 SDS 주가가 1998. 11.경부터 계속 상승하여 이 사건 사채 발행 이후인 2000. 1.경까지 1년 이상 기간 동안 위와 같이 가격이 계속 상승하여 90만 원 대에까지 이르렀다는 것은 이 사건 사채 발행 무렵의 가격 상승 추세를 반영한 것으로 유독 삼성 SDS의 주식만 가격이 상승한 것은 아니었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사채 발행 무렵의 거래사례에 의한 삼성 SDS의 주가 55,000원은 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 것으로 정상거래에 의하여 형성된 가격임이 명백함에도, 원심이 위 55,000원을 이 사건 사채 발행 당시 삼성 SDS의 시가로 보지 아니한 것은 사실오인 및 법리오해의 위법을 범한 것이다.

(나) 또, 삼성증권 차장 공소외 4가 검토·분석한 바에 의하면, 공소외 1 등 3인이 삼성 SDS의 주식거래나 시세정보를 제공하기 시작한 1998. 11. 이전 거래의 가격이 23,500원이었다고 하므로, 원심으로서도 이것이 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하는 거래가격인 시가인지의 여부를 심리, 판단하여 이를 기초로 이 사건 배임죄의 이득액과 손해를 산정하여야 함에도, 삼성 SDS의 주식에 대한 거래사례에 나타난 주당 55,000원을 적정 거래가격으로 인정할 수 없다고 배척하기만 하고 위 주당 23,500원이 교환가치를 반영한 정상적인 거래가격인지 여부를 심리, 판단하지 아니한 것은 심리미진으로 인한 사실오인의 위법을 범한 것이다.

(다) 원심이 채택한 보충적인 평가방법은 회사 내부자나 특별관계인 사이의 상속·증여 등의 경우에 세액 산출을 위한 평가방법인 구 상속증여세법상 보충적인 평가방법이므로, 제3자 배정에 의한 신주인수권부사채 발행의 경우에 적용

하기는 적절하지 않음에도, 원심이 이를 적용하여 삼성 SDS의 주식의 시가를 산정한 것은 주식의 시가산정에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해

원심은, ① 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분, ② 희석화로 인하여 이재용 남매의 기존주식의 가치하락분 및 ③ 신주인수권증권의 가격을 모두 이득액에서 공제하였으나, ㉔ 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분은 희석효과가 실제로 신주가 발행되어야 생기는 효과이지 전환사채 등을 발행하였다고 하여 바로 생기는 효과가 아닌 점, 희석효과를 고려하면 배임행위자 또는 제3자가 배임행위의 결과 취득한 이익의 액수를 부당하게 줄이고 그 줄어든 부분을 기존주주들에게 전가하는 결과가 되는 점, 상법 제424조의2가 '공정한 발행가액과의 차액'을 이사의 임무위배로 인한 손해액으로 규정하고 있음에 비추어 전환사채 발행에 있어 저가발행으로 인한 손해액은 적정가격과 발행가액과의 차액에 인수주식수를 곱한 금액으로 보아야 하는 점, 기타 배임죄의 성격이나 재산범죄에 있어 불법이득을 취하기 위하여 지불한 비용은 재산범죄의 이득액이나 피해자의 손해액에서 공제하지 않는 것이 원칙인 점 등을 종합하여 보면 이를 이 사건 배임죄의 손해액이나 이득액에서 공제할 것이 아니고, ㉕ 이재용 남매가 보유하고 있는 기존주식의 하락분은 이 사건 배임범죄의 피해자의 손해액 계산에서 이미 고려되었음에도 같은 범죄의 이득자인 이재용 남매가 취득한 이득액의 계산에서 이를 다시 공제하는 것은 바로 배임범행의 범인 또는 이득자의 이득액 계산에서 그 범죄 피해자의 손해액을 공제하는 결과가 되는 점, 이재용 남매가 이 사건 배임행위의 이득자로서 이 사건 배임행위로 취득한 것은 신주인수권이지 기존주식이 아니므로 취득한 신주인수권이 얼마의 이득을 얻었느냐만을 계산할 것이지 배임행위로 인하여 취득한 것이 아닌 보유 주식의 가치 하락분을 배임행위로 취득한 이득의 계산에서 이를 공제할 수 없는 점, 만약 이득액에서 이재용 남매의 기존주식에 대한 하락분을 공제하면, 이는 손해액 산정에서 이재용 남매의 기존주식 가치하락분을 공제하고 신주인수권으로 인수할 주식의 이득액 계산에서 이중으로 같은 금액을 공제하는 결과가 되는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 배임죄에 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아니며, ㉖ 신주인수권의 가격(11억 7,990만 원)은 이 사건 이재용 등이 인수한 신주인수권부사채 중 신주인수권을 사채권과 분리하여 처분하는 데에 따른 채권할인 비용으로 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아님에도, 원심이 이들을 손해액과 이득액에서 각 공제한 것은 배임죄의 손해액 산정방법에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

(3) 시가 및 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반에 해당하는지 여부)

원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 5억 원은 넘으나 50억 원이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였으나, 앞서 본 바와 같이 적법하게 삼성 SDS의 시가를 결정하고

그 손해액을 산정한다면 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 50억 원이 넘으므로, 원심의 위와 같은 판단은 비상장주식의 시가 및 배임죄에 있어서의 손해액의 산정방법에 관한 사실오인, 법리오해의 위법을 범한 것이다.

라. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점

원심이 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 심리를 다하지 아니하여 사실오인의 위법을 범한 것이고, '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리오해의 위법을 범한 것이며, 또한 이는 원심이 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, 만약 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의의 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것으로서 이유모순, 이유불비 등의 위법을 범한 것이다.

마. 양형부당

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 죄질이 불량한 점 등 여러 양형 조건에 비추어 보면, 원심의 위 피고인들에 대한 형량은 너무 가벼워 부당하다.

II. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 및 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 항소이유에 대한 판단

1. 원심의 판단

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 회사에게는 손해가 없고, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되며, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되고, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

2. 당심의 판단

신주나 잠재적 주식으로서의 성격을 가지는 전환사채, 신주인수권부사채(이하 '신주 등'이라 한다)의 발행으로 인한 거래는 회사와 출자자 사이에 자산의 이전이 발생하는 것으로서 이른바 자본거래에 해당하므로, 회사의 경영자(이사 등)가 신주 등을 발행함에 있어 그 발행가액, 전환가액, 행사가액(이하 '발행가액 등'이라 한다)을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이는 회사의 손

익과는 무관한 점, 회사법상의 자본충실의 원칙도 회사의 설립 또는 신주 등의 발행에 즈음하여 출자자에 의하여 인수된 주식의 주금액이 실제로 출자되도록 하여야 한다는 내용에 불과한 점, 증자 등을 할 것인지 여부, 그 액수(규모)를 얼마로 할 것인지는 이사회에 경영판단에 속하는 사항인 점 등에 비추어, 특히 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행하는 경우에 있어서는 회사의 경영자에게 신주 등의 발행가액 등을 적정가격으로 정함으로써 그에 상당하는 수량의 주식만이 발행되도록 할 임무가 있음은 별론으로 하고, 저가로 발행하는 경우 발행되는 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하는 내용의 증자 등을 함으로써 그에 상당하는 자금(증자대금 등)이 회사에 유입되도록 할 임무가 있다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행함에 있어서 그와 같은 임무가 회사의 경영자에게 있음을 전제로, 그 발행가액 등을 적정가격보다 저가로 정하여 발행한 경우 회사의 경영자가 적정가격으로 그와 같은 수량의 주식을 발행하였다면 회사로 유입되었을 자금은 저가로 발행하여 유입된 자금보다 많았을 것인데, 그렇지 못했다는 측면에서 회사에 그 차액 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수는 없는 것이다.

다만, 적정가격보다 저가로 신주가 발행되거나 전환사채, 신주인수권부사채가 발행된 후 전환사채의 전환권 행사 또는 신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인하여 신주가 발행되면 기존주식은 희석화로 인하여 그 가치가 하락하게 되고, 신주는 기존주식의 가치가 하락한 만큼 그 납입금액보다 가치가 상승하게 되는 효과가 발생한다.

그런데 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주들에게 주주평등의 원칙에 따라 신주가 공평하게 발행되므로, 주주들이 저가발행으로 인한 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입는 한편, 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 되어 그 손해와 이익이 상쇄된다.

따라서 주주들 사이에 아무런 이해의 득실이 없고, 지분가치의 변동이 없으므로 주주들에게나 회사에 손해가 없게 된다.

그러나 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주식을 가지고 있는 기존주주들은 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입게 되고, 신주를 가지고 있는 신규주주들은 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 된다.

즉, 기존주주들의 부(富)가 신규주주들에게 이전되는 효과가 발생하게 되는 것이다.

바로 이러한 이유 때문에 우리 상법은 신주나 전환사채·신주인수권부사채를 제3자 배정방식에 의하여 발행하기 위하여는 정관에 규정이 있거나, 주주총회의 특별결의가 있어야 하는 것으로 규정하고 있는 것이다(상법 제418조 제2항, 제513조 제3항, 제516조의2 제3항). 회사의 입장에서 보면 신주 등의 발행이 주주에게 이루어지나 제3자에게 이루어지나 마찬가지이므로, 제3자 배정방식의 발행이 만약 회사와 이해관계가 있다면 특별히 제3자 배정방식에 의한 발행의 경우에 한하여 위와 같은 요건이 필요한 것으로 규정할 이유가 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주주들에게 기존주식의 가치 하락으로 인한 손해가 발생하게 되는데, 원심은 상법 제424조의2의 규정을 근거로 위와 같은 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 하였으나, 주주와 회사는 별개의 법인격을 가지고 있을 뿐만 아니라 주주의 손해와 회사의 손해는 일치한다고 할 수도 없으므로(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결 참조), 상법 제424조의2의 규정만을 근거로 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수는 없다고 할 것이다(오히려 회사의 이익이 주주들의 이익의 총화라는 견해에 의하면 기존주주들의 손해와 신규주주들의 이익이 그 액수에 있어서 동일하므로 회사의 손해는 없는 것이 된다).

결국, 회사 경영자가 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 저가로 발행한 경우에 있어서 회사의 경영자에 대하여 기존주주들에 대한 임무위배를 이유로 손해배상을 청구하는(상법 제401조) 등의 방법을 통하여 그 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 회사에 대한 임무위배를 이유로 업무상배임죄의 책임을 물을 수는 없다고 할 것이다.

특별검사는 이러한 저가발행의 경우 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하였다면 회사로 유입되었을 자금과 저가발행으로 유입된 자금의 차액 상당의 손해가 회사에게 발생한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 회사에게 그와 같은 손해가 발생한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인한 손해를 유입되어야 할 자금이 유입되지 아니하는 것으로 파악하는 이상, 회사의 입장에서는 그 자금을 제3자로부터 받으나 주주로부터 받으나 마찬가지이므로, 주주 배정방식의 발행의 경우에도 손해가 발생한다고 보아야 할 것인데, 이는 주주 배정방식의 발행의 경우에는 그 발행가액 등을 액면가액 이상으로 정하기만 하면 무방하므로, 저가발행을 하더라도 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 통설적 견해와 배치되어 부당하고, 또한 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인하여 회사에게 손해가 발생한다고 본다면, 결국 기존주주들에게 대표소송(상법 제403조)이 허용되어야 할 것이므로, 대표소송에 의하여 회사의 경영자가 그 손해 상당액을 회사에게 배상하는 경우 신규주주(신주 등의 인수인)들은 그로 인하여 간접적인 이익을 얻게 되는바, 그렇게 되면 신규주주들은 저가발행 자체로 인한 이익과 위와 같은 간접이익 등 이중의 이익을 얻게 되는 부당한 결과를 초래하게 되는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 특별검사의 위 주장은 받아들일 수 없는 것이다.

따라서 원심이 저가발행의 경우 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주나 회사에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없고, 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 회사에게는 위에서 본 바와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수 없지만 기존주주들에게 손해가 발생하였다고 판단한 부분은 정당하나, 제3자 배정방식의 발행에 있어서 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 판단한 부분은 신주 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

그러나 원심이 특별검사가 주장하는 바와 같은 법리를 오해한 위법을 범한 것은 아니므로 특별검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

Ⅲ. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소 이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자인데, 위 피고인들은 에버랜드 대표이사 공소외 5, 경영지원실장 공소외 6과 상호 및 순차로 공모하여,

피고인 이견희, 피고인 2, 3, 5, 4는 당시 자산 총액이 8,000억 원을 상회하고, 세계적인 테마파크로의 육성을 위한 장기계획하에 5,800억 원가량의 대규모 시설투자가 이루어져 내재가치 및 성장가능성이 매우 큰 반면 자본금 규모가 35억 3,600만 원에 불과하여 지배지분의 확보가 용이한 삼성그룹 계열의 비상장회사인 에버랜드의 지배권을 세금 부담 없이 적은 자금으로 이재용에게 넘겨줄 것을 마음먹고, 위 공소외 5, 6에게 현저한 저가로 에버랜드의 전환사채를 발행하여 이재용 남매에게 배정함으로써 그들에게 에버랜드의 지배권을 이전하도록 지시하였다.

이러한 경우 에버랜드의 대표이사인 공소외 5, 경영지원실장인 공소외 6으로서는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다.

즉, 제3자 배정방식의 전환사채를 발행하기 위해서는 주주총회 특별결의 절차를 거쳐야 하고, 회사지배권을 이전할 것을 목적으로 하는 전환사채 발행, 배정을 하여서는 아니 되며, 또한 각 주주에 대하여 그 인수권을 가지는 전환사채의 액, 발행가액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용, 전환을 청구할 수 있는 기간과 일정한 기일까지 전환사채의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다.

특히, 전환가격을 정함에 있어서는 이전에 에버랜드의 주식이 거래된 사례 및 그 거래가격, 법인주주들이 에버랜드 주주의 가치에 대하여 평가한 사례 및 그 평가 근거 등을 검토하고, 전문회계법인, 감정기관 등 기업평가를 할 수 있는 객관적인 기관에 의뢰하여 회사의 자산가치, 내재가치 및 성장가능성 등을 고려한 에버랜드 주식의 실재가치를 평가하여 이루어진 적정한 전환가격을 적용할 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 공소외 5, 6은 위와 같은 임무에 위배하여, 에버랜드가 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성이 없는데도 비서실의 지시에 따라 1996. 10. 30. 용인시 포곡면 전대리 310에 있는 에버랜드의 회의실에서 전환사채 발행을 위한 이사회를 개최하여 17명의 이사 중 과반수에 미달하는 8명만이 참석한 상태에서, "권면총액 9,954,590,000원, 배정방식은 주주우선 배정 후 실권시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정, 전환가격 7,700원"을 주요 내용으로 하는 전환사채 발행 결의를 하였는바, 이와 같은 이사회의 권한범위 내의 사항이 아닌 사안에 대한 정족수 미달의 이사회 결의는 무효이므로, 더 이상 전환사채의 발행을 위한 절차에 나아가서는 아니 됨에도, 위 이사회 결의에 터잡아 전환사채 발행절차에 나아가 전환사채 배정기준일을 1996. 11. 14.로, 청약 및 납입일을 1996. 12. 3.로 정한 후 제일제당 주식회사를 제외한 주주들에게는 위와 같은 통지를 하지 아니한 채, 청약기일 만료 전에 에버랜드의 주주 26명 중 제일제당 주식회사를 제외한 나머지 25명이 인수권을 가지는 전환사채 발행 총액의 약 97%인 96억 6,181만 원 상당에 대하여 인수청약을 하지 않는 것으로 임의 확정하고 주주총회의 특별결의도 없이, 1996. 12. 3. 16:00경 위 에버랜드의 회의실에서 다시 이사회를 개최하여, 에버랜드 주식의 최소한의 실재가치인 85,000원 보다 현저히 낮게 정한 전환가격 7,700원으로 전환사채 합계 96억 6,181만 원 상당 중 이재용에게 48억 3,091만 원 상당을, 공소외 7, 8, 9에게 각 16억 1,030만 원 상당을 각 배정하는 결의를 하고, 이재용 남매로 하여금 1996. 12. 3. 17:00경 배정금액의 100%에 해당하는 청약증거금과 함께 청약하여 배정된 위 전환사채를 인수한 후 1996. 12. 17. 그 전환사채를 1주당 7,700원의 전환가격에 주식으로 각 전환하여 에버랜드 총 발행주식의 약 64%에 해당하는 합계 1,254,777주[이재용 627,390주(31.37%), 공소외 7, 8, 9 각 209,129주(각 10.46%)]를 취득하게 하였다.

이로 인하여 이재용 남매로 하여금 위 취득주식의 실제가치에 해당하는 106,656,045,000원(= 85,000원×1,254,777주)과 에버랜드에 납입한 전환사채 인수대금 9,661,810,000원의 차액인 96,994,235,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 에버랜드에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 전환사채 발행의 경위 및 목적

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

- (1) 에버랜드는 1963. 12. 23.경 설립되어 관광객 이용 시설업, 조경업, 유통업 등의 영업을 하고 있는 삼성그룹의 계열사인 비상장 법인으로서, 이 사건 전환사채 발행 전 발행주식 총수는 707,200주, 액면가는 5,000원, 자본금은 35억 3,600만 원이었다.
 - (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자이고, 공소외 5는 1993. 9.경부터 2002. 6.경까지 에버랜드의 대표이사로 근무하면서 에버랜드의 경영 전반을 총괄하는 업무에 종사하였으며, 공소외 6은 1993. 11.경부터 1997. 2.경까지 에버랜드의 상무이사인 경영지원실장으로 근무하면서 에버랜드의 자금조달계획을 수립, 집행하는 등의 업무에 종사하였다.
 - (3) 에버랜드는 1990년대에 들어서서 세계적인 수준의 테마파크로 도약하기 위한 계획을 세우고 노후화된 시설의 개·보수 및 캐리비안베이 등의 신규시설 건설을 위하여 대규모 투자를 실시하였는데, 특히 1995년 약 1,501억 원, 1996년 약 2,868억 원, 1997년 약 1,327억 원의 자금을 조달하여 집중적인 투자를 하였다.
- 위와 같은 투자금은 금융기관으로부터의 장·단기 차입, 회사채 발행 등으로 조달되었는데, 이로 인하여 이 사건 전환사채 발행 당시 2년 연속 적자를 나타냈고, 부채도 1996. 1.경 4,138억 원을 기록한 이후 꾸준히 증가하여 같은 해 11.경 약 7,411억 원에 이르렀다.
- (4) 그러나 에버랜드는 이 사건 전환사채의 발행 당시인 1996년 말을 기준으로 총자산 8,387억 원 상당, 자본총계 1,581억 원 상당에 이르렀고, 1996. 12. 31. 재무제표를 기준으로 기업어음에 관하여 한국기업평가 주식회사로부터 신용등급 A3+, 한국신용평가 주식회사로부터 신용등급 A3의 평가를 받는 등 매우 양호한 신용등급을 유지하고 있었으며, 1995년 일반 시장금리 수준인 11.98%에서 12.65% 사이의 금리로 300억 원의 회사채를, 1996. 6. 12. 대한보증보험의 보증을 받아 만기 3년, 표면금리 10%인 500억 원의 회사채를, 1997년경 금리 10.8%에서 12.64% 사이에서 1,300억 원의 회사채를 각 발행하였고, 이 사건 전환사채 발행 직전인 1996. 10.경부터 같은 해 11.경까지 사이에 삼성생명 주식회사로부터 370억 원의 장기차입금을 조달하기도 하는 등 금융기관으로부터 장·단기 차입 및 회사채 발행 등을 통하여 필요한 자금을 안정적으로 조달하였으므로, 당시 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성은 없었다.
 - (5) 에버랜드는 1996. 5.경 1년 동안의 자금수지를 예상하면서 단자회사로부터 1996. 10.경 단기자금 518억 원, 1996. 11.경 단기자금 257억 원을 각 차용하여 은행에 대한 채무 각 10억 원 및 230억 원을 변제할 계획을 세우고 있었는

데, 에버랜드의 단기차입금은 위와 같은 자금수지예상표가 작성될 무렵인 1996. 5.경 약 1,926억 원에서 이 사건 전환사채의 발행이 기획된 1996. 10.경 2,179억 원, 1996. 11.경 약 2,370억 원으로 전체 액수는 증가하였으나, 전체 차입금 중 단기차입금이 차지하는 비율은 1996. 4.경 83.54%, 1996. 5.경 77.58%, 1996. 10.경 67.35%, 1996. 11.경 69.17%로 오히려 하락하였다.

- (6) 에버랜드는 이 사건 전환사채 발행 이전 및 이후에 한 번도 전환사채의 발행방법으로 자금을 조달한 사실이 없을 뿐만 아니라 필요한 자금에 관하여 월 단위, 분기 단위, 연 단위 등으로 사전에 자금조달계획을 세워서 시행하여 왔는데, 이 사건 전환사채는 위와 같은 사전 자금조달계획 및 1996. 9. 25.경 작성된 '10월 월간 자금계획서'에도 전혀 발행이 예정되어 있지 않았다.
- (7) 그런데 공소외 6은 1996. 10.경 에버랜드의 노후화된 시설 개·보수 등을 위한 대규모의 자금소요로 차입금이 증가하여 약 3,200억 원에 이르고, 그 중 약 77%가 단기차입금이어서 저리의 장기 안정자금 확보가 시급하며, 에버랜드의 규모에 비하여 과소한 자본금(35억 3,600만 원)을 확충할 필요가 있다는 이유로 경영관리팀(팀장 박병주, 과장 이영춘)에 자금조달방안을 강구할 것을 지시하였다.
- (8) 경영관리팀에서는 공소외 6에게 당시의 시중금리 현황 및 향후 자금시장 전망, 국내 기업의 전환사채 발행 실례 등을 조사, 분석하고, 이를 기초로 증자, 사채 발행, 전환사채 발행의 장단점을 비교하여 그 중 전환사채의 발행이 주주 구성의 변동을 초래할 수 있는 단점이 있으나 기존주주와의 협의를 통하여 발행을 추진하되, 전환사채의 발행규모는 약 100억 원으로 하며, 전환을 대비할 경우의 자본금 관리 편의를 위하여 전환 후 액면가 기준 64억 6,400만 원을 증가시키는 금액을 전환가격으로 결정하고자 하고, 이 경우 전환가격은 7,700원, 발행물량은 1,292,800주가 적정하다고 보고하였다(1996. 10. 11. 자금조달방안 검토).
- (9) 공소외 5, 6 등은 1996. 10. 25. 위 보고서를 토대로 만들어진 '회사채 발행(제9회) 품의서'에 결재한 후 1996. 10. 30. 이를 이사회에 상정하였다.
- (10) 당시의 의사록에 의하면 에버랜드의 이사회에서 전환사채의 발행을 결의한 것으로 되어 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.
- 사채의 종류 : 무기명식 이권부 무보증전환사채
 - 사채의 권면총액 : 9,954,590,000원
 - 사채의 발행가액의 총액 : 사채의 권면금액의 100%
 - 사채의 배정기준일 : 1996. 11. 14.
 - 사채 배정방법 : 주주 우선 배정 후 실권 시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정
 - 각 사채권의 금액 : 일만 원 권, 일십만 원 권, 일백만 원 권, 일천만 원 권의 4종
 - 사채의 이율 : 사채 발행일부터 1999. 11. 29.까지 연 1%로 한다.
- 단, 사채 원금의 상환기일까지 전환권을 행사하지 않은 사채권자에 대한 보장수익률은 연 5% 복리로 한다.
- 원금 상환방법과 기한 : 사채원금의 112.61%에 해당하는 금액을 1999. 11. 29.에 일시에 상환한다.
- 단, 상환기일이 은행휴업일인 때에는 그 다음 영업일로 한다.

- 자금의 사용목적 : 시설자금
 - 전환에 관한 사항 : 각 사채 권면액의 100%를 전환가격으로 나눈 주식수를 전환 주식수로 하고 1주 미만의 단주는 주권 교부 시 현금으로 지급하되, 사채의 전환가격은 1주당 7,700원으로 한다.
 - 전환에 따라 발행할 주식의 종류 : 기명식 보통주식
 - 전환청구기간 : 사채발행 익일부터 상환기일 직전일까지로 한다.
 - 전환청구를 받을 장소 : 에버랜드 경영관리팀
- (11) 그런데 에버랜드의 정관에 의하면, 이사회는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 결의에 의하도록 규정되어 있었고, 당시 에버랜드의 이사는 17명이었는데, 1996. 10. 30. 개최된 이사회 의사록에는 ' 공소외 5가 의장석에 착석하여 공소외 5, 6과 조현호 등을 포함한 9명의 이사가 출석하여 성원이 되었음을 선언한 뒤 의안을 심리하여 출석 이사 전원의 찬성으로 의결한 것'으로 기재한 후 이사들의 날인이 되어 있으나, 이사 중 조현호는 그 당시 외국 출장 중이어서 위 회의에 참석할 수 없었기 때문에, 이사회 의사록 기재만으로도 위 이사회 결의는 의결정족수가 미달된 상태에서 이루어진 것이다.
- (12) 이 사건 전환사채 발행 당시 에버랜드의 법인주주들은 삼성그룹의 계열사이거나 계열사였다가 계열 분리된 8개 회사 및 1개 재단법인이고, 개인주주들은 삼성그룹의 회장 피고인 이건희를 비롯하여 대부분 삼성그룹 계열사의 전·현직 임직원들로 총 17명이었으며, 각 주주들에게 배정된 금액은 다음과 같다.
- 주식회사 중앙일보사 : 4,801,660,000원
 - 제일모직 주식회사 : 1,407,610,000원
 - 삼성물산 주식회사 : 520,780,000원
 - 재단법인 삼성문화재단 : 309,960,000원
 - 제일제당 주식회사 : 292,780,000원
 - 한솔제지 주식회사 : 94,300,000원
 - 한솔건설 주식회사 : 95,710,000원
 - 한솔화학 주식회사 : 91,490,000원
 - 주식회사 신세계백화점 : 22,520,000원
 - 이건희 : 1,310,020,000원
 - 나머지 개인주주들 합계 : 1,007,760,000원
- (13) 제일제당은 해당 전환사채(발행사채총액의 2.94%) 인수에 대한 청약 의사를 표시하였으나, 제일제당을 제외한 나머지 법인 주주 및 개인 주주들은 전환사채 청약 만기일인 1996. 12. 3. 16:00까지도 해당 전환사채(97.06%)의 인수 청약을 하지 않았다.
- (14) 공소외 5, 6은 1996. 12. 3. 16:00 무렵 이사회를 개최하여 인수청약이 없는 전환사채를 이건희의 장남인 이재용에게 4,830,910,000원 상당, 이건희의 딸들인 공소외 7, 8, 9에게 각 1,610,300,000원 상당을 각각 배정하기로 하는 내용의 안건을 상정하고, 당시 참석한 이사 9명 전원이 찬성하여 가결된 것으로 이사회 의사록에 기재되어 있다.

(15) 이재용 등은 배정 당일 17:00경 인수청약을 하고 17:23 인수대금을 납입하였다.

그 후 이재용, 공소외 7, 8, 9는 1996. 12. 17.에, 공소외 10은 제일제당으로부터 1996. 12. 11. 전환사채를 양수한 후 1997. 3.경에 각 전환권을 행사하였으며, 이에 따라 에버랜드의 주주 구성은 원심판결문 별지 '삼성 에버랜드 주주 구성 변동표' 기재와 같이 변경되었다.

(16) 한편, 그룹 비서실은 회장이 그룹을 전체적으로 통제하여 각 계열사들에 대하여 경영지배권을 행사하기 위한 지원 조직으로서 회장의 지시, 위임, 포괄적 위임에 따라 각 계열사에 대한 기획 및 조정업무를 총괄하였다.

계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증거, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 전환사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 에버랜드 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1996. 12. 3. 실권분 배정을 위한 이사회 개최 2-3일 전에 실권 확정된 전환사채를 이재용 남매 4인이 3:1:1:1의 비율로 인수하는 것으로 정하여 에버랜드에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 전환사채가 이재용 남매에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 전환사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 남매에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 당심의 직권판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 전환사채가 주주 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 원심의 앞서 본 법리에 따라 에버랜드 대표이사인 공소외 5와 공소외 6 등에게 당시의 주식가치를 고려하여 전환가격을 정하여야 할 임무가 있다고 볼 수 없고, 주주 배정절차에서 기존주주들이 인수권을 부여받고도 실권한 이상 에버랜드 지배구조변경 내지 기존주주의 주식가치 하락이라는 결과는 스스로 용인한 것으로서 그 주주의 손해를 에버랜드에 대한 배임죄로 의율하기 어려운 구조이므로, 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 전환사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 전환사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 전환사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 에버랜드에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 에버랜드에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 위 피고인들에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 전환사채의 저가발행으로 인하여 에버랜드가 그 적정가격(시가)인 85,000원에서 전환사채 인수대금인 7,700원을 공제한 금액에 전환권의 행사로 발행된 신주 1,254,777주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 에버랜드 경영자가 전환사채를 발행함에 있어 그 전환가액을 적정가

격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 에버랜드에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도 810 판결 각 참조), 에버랜드가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 에버랜드의 경영자가 1,254,777주의 전환권이 인정된 전환사채를 그 당시 에버랜드 주식의 시가로 발행하여 이재용 남매나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 전환사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 결론에 있어서 정당하다 할 것이다.

IV. 특별검사의 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로 재직하며, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였으며, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.

위 피고인들은 상호 및 순차로 공모하여 다음과 같은 행위를 하였다.

1999. 2.경 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이고, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높고, 1~2년 내에 코스닥 상장이 예정되어 있었는데, 삼성 SDS로 하여금 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하고 이재용 남매가 이를 인수하게 하여 이미 이재용 남매가 보유하고 있던 14.8%의 주식 지분과 합하여 1대 주주가 되게 함으로써 이재용 남매에게 삼성 SDS에 대한 경영지배권과, 나아가 시세차익이나 상장차익을 얻게 할 목적으로, 위 회사로 하여금 긴급한 자금이 필요하다는 명분을 내세워 사모 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하기로 하였다.

피고인 4는 1999. 2.경 공소외 11에게 위와 같은 신주인수권부사채 발행계획을 삼성 SDS에 전하도록 하는 한편, 자신은 구조조정본부장인 피고인 3에게 이를 보고하였고, 피고인 3은 그 즈음 피고인 이건희를 만나 위 계획을 보고하였는바, 피고인 이건희는 그러한 계획을 추진함은 물론, 이에 더하여 이재용 남매뿐만 아니라 피고인 3과 피고인 4도 그 신주인수권부사채의 인수인으로 동참할 것을 지시하였다.

한편, 피고인 7은 1999. 2.경 재무팀으로부터 이 사건 사모 신주인수권부사채의 발행 계획을 전달받은 후 바로 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달한다는 명목으로 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 구조조정본부 재무팀의 지시에 따라 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.

공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. '삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다'는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

1999. 2. 22.경 피고인 4와 공소외 11이 당초 계획하였던 것과는 달리 피고인 이건희로부터 피고인 3과 피고인 4도 동참하라는 지시가 떨어졌고, 그 지시는 피고인 3, 4를 거쳐 그 시경 피고인 7, 6에게 순차로 전달되었는바, 공소외 12는 그 시경 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.

1999. 2. 당시 피고인 6은 삼성 SDS의 대표이사로서 그 회사의 경영 전반을 총괄하고 있었고, 피고인 7은 그 회사의 재무담당 임원(상무)으로서 재무에 관한 한 실질적인 책임을 지고 있었으므로, 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 결의하고 그 발행을 실행함에 있어 정관과 법령이 정한 바에 따라 정상적인 의사결정절차를 거쳐야 함은 물론, 그러한 사채를 발행할 필요성과 발행할 사채의 규모, 내용 등 실질적인 요건을 엄밀히 검토하고 합리적인 판단을 함으로써 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 할 임무를 부담하고 있었다.

1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익 증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었고. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였으며, 총자본 대비

경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였고 영업이 활성화되어 가고 있었으므로 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다고 할 것이고, 가사 긴급자금 조달이 필요하였다고 하더라도 신주인수권부사채의 발행은 잠재적 신주발행과 같은 효과가 있으므로 피고인 6과 피고인 7로서는 신주인수권의 행사가격을 적정하게 책정함으로써 그러한 사채의 발행으로 회사가 얻을 수 있는 자본을 최대한 확보하여 자본의 충실을 꾀해야 하는 의무와 희석효과로 인한 주가하락이나 지배구조의 변동으로 인하여 회사와 주주들이 입게 될 손해를 미연에 방지해야 할 의무 및 주가로서 표상되는 회사의 가치를 보전해야 하는 의무를 부담하고 있으므로, 비상장회사인 삼성 SDS의 신주인수권 행사가격을 정함에 있어서 회사의 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 하고, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 평가 방법들을 고려하고 당해 사채의 발행 목적, 발행 당시 회사의 상황, 회사 업종의 특성 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 신주인수권의 행사가격을 적정하게 산정하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인 6, 7 등은 그 임무에 위배하여, 삼성 SDS가 긴급한 자금을 필요로 하였는지 여부를 면밀히 검토해 보지 않고 오로지 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매와 피고인 3, 4로 하여금 저가로 인수하게 함으로써 제1대 주주였던 삼성전자 주식회사(29.9%)의 주식지분이 23.6%로 줄어드는 대신 이재용 남매의 지분 합계가 종래의 14.8%에서 25.4%로 증가하여 제1대 주주가 되게 할 의도로, 1999. 2. 25. 08:00~09:00 사이에 서울 강남구 역삼동 707-19 일옥빌딩 24층에 있는 삼성 SDS 본사 회의실에서 개최된 신주인수권부사채 발행을 위한 이사회에서, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다.

신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하고, 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였으며, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였고, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였으며, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

피고인 6, 7 등 이사회에 참석한 이사들은 삼성 SDS의 주가를 산정함에 있어 삼성 SDS의 주식에 관한 정상적인 거래사례가 있는지, 그 거래사례에 나타난 가격이 정상적인 교환가치를 적정하게 반영하고 있는지 등은 전혀 고려하지 않은 채 당시 시행되고 있던 상속세 및 증여세법이 정한 보충적 평가방법에 따라 1999. 1. 1. 현재를 기준으로 평가한 가액에 약간의 지배주주 프리미엄을 얹어 신주인수권부사채의 행사가격을 주당 7,150원으로 결정하였는바, 삼성 SDS의 주가는 사채발행일에 근접한 1999. 2. 10.경부터 같은 해 3. 15.경까지의 기간 동안 1주당 53,000원 내지

60,000원 범위 내에서 안정되어 있었고 그 이후에도 그 거래가격이 지속적으로 상승하였으며, 1999. 2.을 전후하여 삼성 SDS의 주식 및 대형통신업체를 비롯한 비상장주식의 장외거래가가 급등하였고 삼성 SDS의 주가는 주당 58,000원까지 상승하였으며, 1998. 7.경부터 1999. 12.경까지 거래당사자 134명 사이에 2,572회에 걸쳐 501,997주가 거래되었고, 1998. 11. 29.부터 2000. 1. 15.까지의 기간 동안 불특정 다수인 사이에 309회에 걸쳐 총 58,056주의 거래가 이루어진 사실이 있었으며, 특히 1999. 2. 26.에는 삼성 SDS의 주식 303주가 1주당 55,000원에 거래된 적도 있었는데, 이들 거래사실에 나타난 주당 55,000원은 1999. 2. 당시의 삼성 SDS 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래에 의한 가격이었다.

결국 피고인 이건희, 피고인 6과 피고인 7은 각 삼성 SDS의 이사로서, 피고인 3은 감사로서 각 그 업무상의 임무에 위배하여, 나아가 피고인 이건희, 피고인 3, 4는 각 삼성그룹 회장, 구조조정본부장, 구조조정본부 재무팀장으로서 삼성 SDS의 이사회가 개최되기 전에 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 함께 계획하고, 최종 인수인을 지정하거나 스스로 인수인이 되어 이 사건 사채의 상당 부분을 직접 인수하기까지 함으로써 피고인 6 등 삼성 SDS의 이사들의 업무상 배임행위에 적극 가담하여, 이 사건 신주인수권부사채를 적정한 가격에 현저히 미치지 못하는 가격으로 위 인수인들에게 넘겨줌으로써 그들에게 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득할 수 있는 권리를 부여하여, 그 결과 그들이 신주인수권을 모두 행사할 경우 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하면 32.9%가 되고, 그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 되어 이재용 남매가 제1대 주주로 부상하게 함으로써 이재용 남매로 하여금 삼성 SDS의 경영지배권을 확보하게 하고, 동시에 이재용에게 31,453,814,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 657,342\text{주}\}$, 공소외 7, 8, 9에게 각 22,753,823,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 475,524\text{주}\}$, 피고인 3에게 36,138,425,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 755,244\text{주}\}$, 피고인 4에게 18,069,212,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 337,762\text{주}\}$ 등 합계 금 153,922,923,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 삼성 SDS에게 그 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위 및 목적

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

가. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위

- (1) 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고, 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이며, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높은 회사이었다.

- (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였고, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.
- (3) 피고인 7은 1999. 2.경 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달하기 위하여 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.
- (4) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. "삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다"는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 1999. 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.
- (5) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.
- (6) 1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었으며. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였고, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였으며, 영업이 활성화되어 가고 있었으므로, 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다.
- (7) 피고인 6, 7 등은 1999. 2. 25. 위 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 이사회에 상정하였는데, 그 이사회에서는, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고,

에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다. 신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하였다.

(8) 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였고, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권 증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였으며, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였고, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

(9) 그 후 이재용 등은 이 사건 신주인수권을 행사하여 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득하였는데, 그 결과 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하여 32.9%(그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 된다)의 주식지분을 취득함으로써 제1대 주주로 되었다.

(10) 한편, 계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 신주인수권부사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 삼성 SDS 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1999. 2. 22.경 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매 4인 및 피고인 3, 4 등 6인이 인수하는 것으로 정하여 삼성 SDS에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 신주인수권부사채가 이재용 등 6인에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 신주인수권부전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 등에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 직권 판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 신주인수권부사채가 제3자 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 그 신주인수권 행사가액이 적정가격보다 저가로 발행된 결과, 원심의 앞서 본 법리에 따라 삼성 SDS가 손해를 입었지만, 그 손해액이 5억은 넘으나 50억이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제

249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 이 사건 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 신주인수권부사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 신주인수권부사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 삼성 SDS에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 삼성 SDS에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 신주인수권부사채의 저가발행으로 인하여 삼성 SDS가 그 적정가격(시가)인 55,000원에서 그 신주인수권의 행사가액인 7,150원을 공제한 금액에 신주인수권의 행사로 발행된 신주 3,216,780주를 공급한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 삼성 SDS 경영자가 이 사건 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 행사가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 삼성 SDS에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 삼성 SDS가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 삼성 SDS의 경영자가 3,216,780주의 신주인수권이 부여된 신주인수권부사채를 그 당시 삼성SDS 주식의 시가로 발행하여 이채용 등이나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 원심의 위와 같은 판단은 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것으로서, 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 이 부분 원심판결은 그대로 유지될 수 없다고 할 것이다.

V. 피고인 및 특별검사의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 각 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 삼성전자, 삼성전기, 삼성화재해상보험 주식회사, 삼성에스디아이(SDI) 주식회사, 삼성증권, 에스원, 삼성물산의 주식을 친족 기타 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 회사별 소유 주식의 시가총액이 각 100억 원 이상인 대주주로서 피고인 3, 4 등에 대한 지휘·감독자이고, 피고인 3은 이건희의 개인재산 관리업무에 대한 지휘·감독자이며, 피고인 4는 위 업무를 전담하는 망 공소외 11, 14에 대한 직접 또는 상위의 지휘·감독자, 피고인 8은

2004. 1. 13.부터 구조조정본부 재무팀장으로서 망 공소외 11, 14의 위 업무에 대한 직접적인 지휘·감독자인바, 순차 공모하여,

2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31. 사이에, 망 공소외 11이 차명계좌를 통하여 이건희의 재산을 관리하던 중 당시 삼성그룹 직원이었던 공소외 김승언을 포함하여 모두 25명의 31개 차명 증권위탁계좌를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 28,526주, 삼성전기 주식 11,150주, 삼성화재 주식 19,260주, 삼성SDI 주식 2,200주, 에스원 주식 6,490주 합계 67,626주를 매도하여 6,668,753,956원 상당의 양도차익이 발생하였으므로, 위 금원에 대한 양도소득세 과세표준 신고를 확정 신고기한인 2001. 5. 31.까지 관할 세무서인 용산세무서에 하여야 함에도 불구하고, 해당 주식거래를 납세 의무자 이건희 본인이 아닌 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 계좌 내에서 거래함으로써 세무당국에 포착되기 어렵게 하고 그 주식거래로 인한 소득을 신고하지 아니하여 과세관청이 양도소득세 과세표준을 결정할 수 없도록 함으로써 사기 기타 부정한 행위로써 위 양도차익에 대한 양도소득세 1,333,316,489원을 포탈한 것을 비롯하여 공소장 별지 1 범죄일람표 기재와 같이 2000년부터 2006년 사이에 삼성그룹 전·현직 임원 258명 명의의 차명 증권위탁계좌 341개를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 1,329,031주, 삼성물산 주식 36,947주, 삼성전기 주식 215,229주, 삼성증권 주식 71,148주, 삼성화재 주식 66,144주, 삼성SDI 주식 65,536주, 에스원 주식 287,403주 합계 2,071,438주를 매도하여 564,346,083,082원의 양도차익이 발생하였음에도 각 주식을 매도한 해의 다음해 5. 31.까지 이에 대한 소득을 신고하지 아니하고 사기 기타 부정한 행위로써 양도소득세 112,870,008,581원을 포탈하였다.

2. 원심의 판단

가. 관련 법령과 법리

(1) 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호는, 소득세의 경우 '사기 기타 부정한 행위'로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

그리고 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제1호는, 그 중에서도 포탈세액 등이 연간 10억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 이 경우 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 되어 있다.

조세의 탈루가 고의로 부정한 행위에 의하여 이루어진 경우에는 국가의 과세권을 침해하고 국민의 조세평등을 해치는 반사회적인 범죄행위이므로, 그러한 요건에 해당하지 않는 조세회피행위와 구별하여 형사처벌까지 가하는 것이다.

따라서 조세포탈죄를 유죄로 인정하기 위해서는, 납세의무자가 사기 기타 부정한 행위에 의하여 조세채권에 대한 포탈의 결과를 발생하게 하여야 하며, 그에 대한 고의가 있었다는 점도 증명되어야 한다.

(2) 그런데 원래 소득세법상 상장주식의 양도로 인한 소득에 대하여는 양도소득세 납세의무가 없는 것이지만, 일정한 범위의 대주주에 대해서는 주식의 양도소득에 대하여 납세의무가 있다.

즉, 소득세법이 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되면서 증권거래소에 상장된 주식 또는 출자지분으로서 대통령령이 정하는 것의 양도로 인하여 발생하는 소득을 양도소득세 과세대상에 포함하도록 하는 제94조 제3호(이하 '이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정'이라 한다)가 신설되고, 이에 따라 소득세법 시행령 제157조가 1998. 12. 31. 대통

령령 제15969호로 개정됨으로써 '주권상장법인의 주식 등의 합계액 중 5% 이상에 해당하는 주식 등을 소유하고 있는 주주 또는 출자자 1인 및 그와 국세기본법 시행령 제20조의 규정에 의한 친족 기타 특수관계에 있는 자가 당해 법인의 주식 등의 합계액의 1% 이상(3년간 합산하여)을 양도하는 경우' 양도소득세 납세의무가 발생하게 되었다(1999. 1. 1.부터 각 시행).

한편, 위 소득세법 시행령 제157조가 1999. 12. 31. 대통령령 제16664호로 개정됨으로써 대주주의 범위에 대한 요건이 달라졌는데, '① 주권상장법인의 주주 또는 출자자 1인 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 자가 양도일 직전사업연도 종료일 현재 당해 법인의 주식 등의 합계액의 3% 이상을 소유한 경우 또는 ② 양도일 직전사업연도 종료일 현재 소유하는 당해 법인 주식 등의 시가총액이 100억 원 이상인 경우'이다(2000. 1. 1.부터 시행).

(3) 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려서 사용하였다 하여 그 차명계좌 이용행위 한 가지만으로 구체적 행위의 동기와 경위 등의 사정을 떠나서 어느 경우에도 관련 소득의 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니지만, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정상 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유라는 사실이 드러나는지 여부가 피고인 이건희의 양도소득세 납세의무의 존부를 결정짓는 요소인 것이므로, 과세대상의 무신고와 아울러 여러 개의 차명계좌에 분산 입금(입고)하거나 순차 다른 차명계좌에 입금(입고)을 반복하는 행위, 현금 등 지급수단의 교환반복행위 등과 같이 차명계좌의 재산이 피고인 이건희의 소유인 사실을 감추려는 적극적 의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 양도소득세의 부과징수를 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도의 부정한 행위가 있는 것으로 보아야 한다.

나. 판단의 전제사실

앞서 거시한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 차명으로 주식을 취득하게 된 경위

이 사건 공소제기된 피고인 이건희의 차명 증권위탁계좌의 주식은, 위 피고인이 1987년 선대회장 망 이병철로부터 차명계좌 상태로 상속받은 주식과 그밖에 주주배당금 등 위 피고인 소유의 자금으로 주식을 매입한 것, 망 이병철로부터 가·차명예금 등의 형태로 상속받은 금원으로 매입한 주식이 있다(피고인들의 진술에 의함. 이에 대하여 특별검사의 탄핵이 없으므로 그대로 판단의 전제사실로 삼는다).

(2) 차명계좌 관리 상황

피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 공소외 14가 특별검사에게 제출한 차명계좌는 404명 명의의 활동성계좌 1,042개(약 4조 5,370억 원 상당)와 폐쇄계좌 152개이고, 이를 포함하여 확인된 차명계좌가 대략 486명 명의의 1,199개에 이른다.

이 중 증권위탁계좌는 활동계좌 595개와 폐쇄계좌 119개의 합계 714개이며, 위 714개의 증권계좌 중 2000년부터 2006년까지 사이에 주식을 매도한 거래가 있었던 증권계좌인 258명 명의의 341개 계좌에 대하여 이 사건 공소가 제기되었다(위 활동계좌 595개 중 해당 매도거래가 없는 계좌를 제외한 나머지 180명 명의의 234개 계좌와, 위 폐쇄계좌 119개 중 89명 명의의 107개 계좌의 합계 341개).

삼성그룹 비서실, 구조조정본부 또는 전략기획실에는 피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 전담 직원이 있었는데 이 사건 해당 기간에는 망 공소외 11과 공소외 14가 금융시장 동향분석, 공시업무와 함께 위 개인재산 관리업무를 담당하였다.

공소외 11의 후임자인 공소외 14는 2003. 10.경 공소외 11로부터 피고인 이건희의 재산관리에 필요한 컴퓨터 파일 형태의 자료와 통장 및 카드를 임시로 교부받고 금고 등 개인재산 관리업무를 부분적으로 맡게 되었고, 공소외 11이 사망하기 직전인 2005. 7. 정식으로 관리업무를 인계받았다.

위 컴퓨터 파일자료에는 차명을 제공한 명의자들의 인적사항, 금융기관의 명칭, 금융상품의 종류와 금액, 증권위탁 계좌의 주식의 종목별 수량 등이 정리되어 있다.

망 공소외 11과 공소외 14는 명의자의 퇴직 등으로 인하여 기존 차명계좌의 사용이 곤란해질 것으로 예상되거나 곤란해진 경우에 해당 계좌의 주식을 매도하여 현금으로 인출하고, 새로이 다른 명의로 개설한 차명계좌나 기존의 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하였다.

고액권 수표로 인출된 후 수표를 오랫동안 사용하지 않고 그대로 보관하고 있는 액수도 다액에 이른다.

또한, 유상증자가 시행되는 경우에 인수자금부족으로 신주인수를 포기하기보다는 신주를 시가보다 낮게 인수하는 것이 유리하다는 점에서 신주인수대금을 마련하기 위하여 기존 보유주식을 매각하기도 하였는데, 이는 대부분 1998년과 1999년에 이루어졌고, 2000년(2000년 이후 매도분만 공소제기됨) 이후에는 2000. 1. 삼성화재의 유상증자에 참여하기 위하여 소량의 주식을 매도한 사례가 있을 뿐이다.

(3) 보고체계 등

피고인 이건희의 개인재산 관리업무는 재무팀장인 피고인 4와 그 후임자인 피고인 8 내지 실무전담직원인 망 공소외 11과 그 후임자인 공소외 14에게 위임되어 있었고, 피고인 3은 개인재산 관리업무에 대하여 전반적인 지휘감독자, 피고인 4 및 피고인 8은 차상위 지휘감독자의 지위에 있었다.

피고인 4는 피고인 이건희에게 통상 2~3년에 한번씩 이 사건 차명계좌를 포함하는 전체 재산현황을 간략히 보고하였다.

다.

판 단

(1) 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (유죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8에 대한 2000년 내지 2006년 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 유죄 부분 기재와 같은 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 각 과세연도별 상장주식 양도소득세포탈 부분을 본다.

위 인정 사실에 의하면, ① 피고인 이건희의 개인재산관리를 담당하였던 망 공소외 11과 공소외 14는 주로 삼성그룹 전·현직 임직원의 명의로 차명계좌를 개설하여 사용하였고, ② 천 개가 넘는 많은 차명계좌들을 사용하여 피고인 이건희의 소유인 주식, 현금, 채권 등을 분산해 놓았으며, ③ 하나의 차명계좌에서 다른 차명계좌로 재산을 이전할 때에는 과세관청의 추적이 불가능하도록 수표나 계좌이체가 아닌 현금 출금의 방법만을 취하였다.

그렇다면 망 공소외 11과 공소외 14가 위와 같이 다수의 분산된 차명계좌로 주식을 취득하고 매도하는 거래를 하고 도 그 양도소득을 신고하지 아니한 행위는, 세무공무원이 위 차명계좌의 주식이 모두 대주주인 피고인 이건희의 소유로서 양도소득 과세대상에 해당함을 발견하는 것을 불능 또는 현저히 곤란하게 하였다고 인정된다.

(나) 변호인의 주장에 대한 판단

피고인들과 변호인은 비록 차명계좌를 이용하였다고 하더라도 구체적 행위의 동기와 경위에 비추어 '사기 기타 부정한 행위'가 아니라고 주장한다.

즉, ① 경영권 방어 목적에서 차명으로 주식을 보유하게 되었으며 차익거래를 통한 재산증식의 목적도 없었기 때문에 차명계좌를 보유하게 된 동기와 경위에 있어서 조세포탈과 무관하다는 것과, ② 차명계좌의 주식을 양도한 것은 명의자의 퇴직이나 사망 등으로 새로운 명의자의 계좌로 교체하는 경우 및 유상증자가 있을 때 신주인수대금을 마련하려는 경우가 있었을 뿐이므로 주식 매도를 통해서 소득을 올리려는 의사 자체가 없어 단순한 차명계좌의 보유 외에 적극적인 소득은닉행위가 없다는 것이다.

살피건대, 삼성전자 등 계열사 주식을 빈번하게 매매함으로써 양도차익으로 재산을 증식하기 위하여 차명계좌에 그 재산을 은닉한다는 의도가 있었다고 볼 만한 증거나 객관적 정황은 존재하지 아니하며, 변호인의 위 주장을 뒷받침할 자료가 충분히 제출되지는 아니하였으나 그와 같은 구체적 행위의 동기와 경위를 참작할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 망 공소외 11, 공소외 14는 매우 많은 차명계좌들을 운용하면서, 어느 차명계좌로부터 금원을 인출하여 소비하거나 새로운 계좌에 입금할 필요가 있을 때에는 그 액수가 고액이더라도 대부분 현금출금 등의 방법을 통함으로써 자금추적을 곤란하게 하고, 배당금수령액을 수표로 출금한 경우에는 동일 명의인의 계좌에만 입금하거나 사용하지 않고 금고에 장기보관하는 등 과세관청으로 하여금 차명계좌들의 상호 연관성을 발견하기 곤란하게 하였던 사정, 기존 명의자의 차명계좌를 더 이상 사용하지 아니할 경우에는 그 명의자 계좌의 주식을 모두 매도하고 현금으로 전액출금한 다음에 신규 또는 기존의 다른 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하는 방법에 의하였던 사정(변호인 제출의 2008. 6. 24.자 변론요지서에 첨부된 원심판결문 별첨 3 '매도·매수 연결계좌' 내역은 이러한 사실인정을 뒷받침한다) 등을 종합하여 보면, 위와 같은 행위는 다수 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유인 사실을 발견하기 매우 곤란하게 하는 사회통념상 부정한 행위로서 적극적 은닉의도가 현저하므로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다.

(다) 조세포탈의 고의

피고인 이건희 등이 상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

(라) 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식에 관한 양도소득세 부분

변호인은, 1999. 12. 31.자 대통령령 제16664호 개정 소득세법 시행령이 시행되기 이전에는 피고인 이건희가 대주주 요건에 해당하여 상장주식 양도소득세 납세의무가 있는지 여부가 불분명하였으므로, 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식의 양도로 인한 연도별 소득세 합계 13,079,223,470원 부분에 대해서는 조세포탈의 범의가

없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정은 대주주의 주식거래에 대하여 양도소득세를 부과하는 취지로 신설된 것이고, 피고인 이건희가 삼성전자 등 계열사의 대주주임이 명백한 이상, 피고인들은 적어도 1999. 1. 1. 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 시행된 때부터는 장차 피고인 이건희 소유의 주식을 매도하는 양도소득에 대하여 소득세납세의무가 발생할 것이라고 예견할 수 있었다고 할 것이다(양도소득세 부과요건에 해당한다는 점만 인식하면 충분하지, 그 양도 이후에야 확정될 세액 등에 대하여 구체적으로 인식할 것을 요하지 아니한다).

(마) 공동정범 성립

앞서 본 바와 같은 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 지위와 이건희 개인재산 관리업무에 있어서의 역할, 관리상황에 대한 보고 경위 등에 비추어 보면 피고인 3, 4, 8은 상피고인 이건희와 사이에 공동정범 관계가 있었다고 인정된다.

(바) 소결론

그렇다면 원심판시 범죄사실 제1항과 같이 피고인 이건희가 차명계좌를 통하여 1999. 1. 1. 이후에 취득한 주식을 그 후 양도함으로써 얻은 양도차익에 대한 각 과세연도별 소득세 합계 46,561,789,308원 부분은 위 피고인들의 조세포탈죄 공동정범이 성립한다.

(2) 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (무죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년 내지 2006년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 취득한 이건희 소유의 주식을 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로써 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 무죄 부분 기재와 같은 각 연도별 양도소득세를 합계 65,649,063,467원 상당(다만, 피고인 8은 1998. 12. 31. 이전 취득주식에 대한 2004년 내지 2006년의 연도별 양도소득세 합계 50,106,684,159원 상당) 포탈하였다는 부분을 본다.

(나) 헌법 제38조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거로 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하며, 이러한 소급과세금지 원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰보호에 기여한다.

특히, 조세형사법의 운용에 있어서는, 법 시행 당시의 행위와 사실만이 적용대상이 되고 그 시행 이전에 완결된 행위와 사실에는 원칙적으로 적용이 없다고 하는 죄형법정주의에 따른 형벌불소급의 원칙이 함께 적용되어야 한다.

(다) 차명계좌의 사용이 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 하려면, 주식을 매도할 때 계좌에 입금되는 그 매도대금이 차명계좌를 통하여 은닉된다는 결과를 적극적으로 의도하는 것이어야 하므로, 원칙적으로 주식을 차명계좌에 매수·입고하는 행위가 있어야 한다.

그런데 피고인 이건희가 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌를 통하여 주식을 취득할 당시에는 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 아직 신설되지 아니한 상태여서 대주주의 주식양도로 인한 양도소득세의 납세의무에 대하여 전혀

예견할 수 없었고 동 규정 시행 이후에는 그 주식을 차명계좌에 보유하다가 매도하는 행위가 있었을 뿐이므로, 양도 소득세 과세대상에 해당하는 점과는 별도로 조세포탈죄의 사기 기타 부정한 행위라고 볼 수 없다.

다만, 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식에 대하여 만약 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 새롭게 조세포탈 의도가 분명히 드러나는 적극적인 은닉행위가 있는 경우에는, 사기 기타 부정한 행위에 해당할 가능성이 전적으로 배제되는 것은 아닐 것이다.

그러나 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌에 주식을 입고하여 그 소유관계를 은닉하는 행위가 완결되어 있고, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 위 주식에 관하여는 배당금수령, 주식매도, 현금인출 등과 계좌폐쇄 행위가 있었을 뿐인데 이것은 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이전에 만들어진 차명계좌를 계속 보유하면서 관리하는 차원으로 볼 수 있어서 그것만으로는 적극적 은닉행위에 해당한다고 할 수 없다(차명계좌를 해소하지 아니한 부작위라 해도 마찬가지이다).

(라) 특별검사의 주장에 대한 판단

이와 달리, 각 계좌마다 계속적으로 동일 주식의 매도와 매수를 반복한 경우가 대부분이라고 하는 특별검사의 주장을 보건대, 이는 주가의 등락시마다 매수·매도를 통해 시세차익을 올려 재산을 증식할 목적이므로 조세포탈 의도가 있었다고 주장하는 취지로 선택할 수 있지만, 그러한 사실관계에 대하여 아무런 증거가 없다(변호인 제출의 계좌 거래 내역, 주가추이, 회사공시자료 등에 비추어 보면 그러한 정황은 없는 것으로 보인다).

(마) 소결론

그렇다면 각 연도별 조세포탈의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도 소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

(3) 면소 선고 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년, 2001년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실의 요지는 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 이건희 소유의 주식을 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로써 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 해당란 기재와 같이 2000년 1,337,542,614원, 2001년 2,450,387,175원의 양도소득세를 각 포탈하였다는 것이다.

(나) 판 단

위 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전 취득 주식에 관한 양도소득세포탈 부분은 전술하는 바와 같은 이유에서 무죄로 판단된다.

무죄 부분을 제외한 나머지 양도소득세 포탈액은 2000년 귀속분 170,764,291원, 2001년 귀속분 488,391,515원이다.

그렇다면 포탈세액이 모두 5억 원 미만이므로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 가중 규정이 적용되지 아니한다(가중 요건이 2억 원 이상이던 구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것)의 규정은 형법 제1조 제2항에 따라 적용되지 아니한다). 따라서 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호를

논할 수 있을 뿐인데, 이는 같은 법 제17조에 따라 공소시효가 5년이다.

이 사건 양도소득세를 포탈하는 죄는 양도소득과세표준 확정신고 기간을 도과하는 때에 성립하는 것이고, 특별검사의 공소는 2000년분, 2001년분 양도소득과세표준 확정신고기간 만료일인 2001. 5. 31. 및 2002. 5. 31.로부터 5년이 경과한 후인 2008. 4. 17.에 제기되었음이 기록상 명백하다.

따라서 피고인 이건희, 피고인 3, 4에 대한 2001. 5. 31.자, 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다.

3. 당심의 판단

가. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 사실오인, 법리오해의 주장에 대하여{1999. 1. 1. 이후 취득한 주식(1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 부분 포함)에 대한 양도소득세 포탈 부분}

조세범처벌법 제9조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조에 규정된 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위를 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결 등 참조). 그리고 조세포탈죄는 고의범이지 목적범은 아니어서 피고인이 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하지는 아니하므로, 납세의무를 진다는 것과 자기의 행위(작위, 부작위)가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에는 조세포탈죄의 범의가 인정된다고 할 것이다.

위 각 법리에 비추어 이 사건 증거들을 면밀하게 살펴보면, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 특별검사의 사실오인, 법리오해, 이유모순, 이유불비의 주장에 대하여(1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 및 면소 선고 부분)

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001도3797 판결 등).

이러한 법리에 비추어 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 위에서 본 사유들에, 원심 및 당심이 적법하게 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 이건희의 선대 이병철 회장이 차명계좌를 이용한 이유가 각종 행정법규상의 규제나 제재, 조세당국의 자금출처 조사를 통한 조세부과, 기타 사회적인 비난 등을 회피하기 위한 탈법적 목적이 있었다거나, 1987. 11. 피고인 이건희가 위 차명계좌를 그대로 상속받으면서 상속세를 포탈하였다고 하더라도 이러한 사정은 사기 및 부정한 행위의 판단에 영향을 미치는 요소라고 보기는 어려운 점, ② 1993. 금융실명제 실시에도 불구하고 실명화하지 않았고, 이후 1998. 및 2002. 등 수회에 걸쳐 실명화할 수 있는 기회가 있었음

에도 차명계좌를 유지하였다고 하더라도, 이러한 부작위를 바로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 볼 수는 없는 점을 더하여 보면, 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다고 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실오인, 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 특별검사는, 원심이 ① 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, ② 만약, 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 이는 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판시한 부분(원심 판결문 17면의 "상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

"는 부분)과 상반되는 판단을 한 것이라고 주장하나, 원심은 ① 피고인들의 이러한 차명계좌의 관리실태를 무죄 부분에서는 양도 이후의 사정으로만 고려하여 적극적 은닉행위가 없었다고 판단한 것이며, 유죄 부분에서는 그 차명주식의 양도 이후의 사정으로뿐만 아니라, 그 차명주식을 양도한 후 다른 차명주식의 취득시의 사정으로 함께 고려하여 적극적 은닉행위가 있었다고 판단한 것으로서, 위 각 판단이 서로 상반된다고 볼 수 없고, ② 또한 원심판시의 취지는 '사기 기타 부정한 행위'의 범위와 본질을 파악함에 있어서 위계 기타 부정한 적극적인 행위와 무신고 또는 과소 신고행위를 포괄하여 조세포탈범의 실행행위인 '사기 기타 부정한 행위'로 보는 이른바 포괄설의 입장에서 차명주식의 취득시점에서도 '사기 기타 부정한 행위'에 대한 인식이 있어야 한다는 취지이며, 차명주식의 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지가 아니어서 조세포탈죄의 기수시기 및 범의에 관한 법리를 오해하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단하였다고 특별검사가 주장하는 부분은 그 원심판시의 취지가 1999. 1. 1. 이후에는 대주주의 상장주식 양도행위 자체가 양도소득세 과세대상으로 규정되었기 때문에 그 때부터는 상장주식을 취득하면서 차명계좌를 개설하거나 또는 차명주식을 취득하는 행위는 그 이후의 양도행위와 아울러 차명계좌를 이용하는 행위로서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다는 취지일 뿐이고, 조세포탈의 기수시기나 차명계좌에서 주식을 양도할 때의 행위나 정황만을 기준으로 고의 존부를 판단하여야 한다는 취지가 아니어서 서로 상반되는 판단이라고 볼 수 없으므로, 거기에 이유모순, 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 특별검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

VI. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 각 양형부당 항소이유와 특별검사의 같은 피고인들에 대한 각 양형부당의 항소이유에 대한 판단

1. 피고인 이건희의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인에 대한 양형부당의 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원에 이르며, 포탈기간도 6년에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻을 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 피고인은 망 이병철로부터 차명주식을 상속받아 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 피고인은 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었을 뿐만 아니라 그로 인하여 취득한 이득을 박탈하기 위하여 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인은 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 이 사건 증권거래법위반의 범행은 증권거래법이 금지하는 내부정보이용 등 계열사 주식의 매매를 통하여 재산증식을 꾀하려는 부정한 의도로 범한 것은 아닌 것으로 보이는 점, 피고인이 1999. 11.부터 2000. 4.까지 폐암수술 및 방사선 치료를 받았으며, 현재도 '세균성 폐염', '심낭염 및 늑막염', '폐부종', '관상동맥협착증' 등으로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인이 삼성그룹의 지배주주로서의 지위와 경영권을 승계받아 삼성전자 등의 계열회사를 세계적인 기업으로 변모시키는 등 경영능력을 발휘하여 국가경제 발전에 기여하고, 고용창출 등을 통하여 사회안정에도 기여함으로써 '사업보국'(事業報國)의 역할을 수행한 점, 피고인이 이 사건 공소 제기 이후 그 책임을 지고 그룹과 관련된 모든 직위에서 물러난 점, 피고인이 대한레슬링협회 회장, 국제올림픽위원회 위원, 2002년 월드컵 축구대회 조직위원회 위원으로 사회에 봉사하고 체육발전과 소외계층 등에 대한 지원을 하여온 공로를 인정받아 대통령 체육포장, 체육훈장 맹호장, 체육훈장 청룡장, 국민훈장 무궁화장 등을 수여받은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 원심의 위 선고형량은 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고 인정되지는 아니하므로, 피고인과 특별검사의 위 각 주장은 모두 이유 없다.

2. 피고인 3, 4, 8의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원(다만, 피고인 8의 경우 37,649,660,866원)에 이르며, 포탈기간도 6년(피고인 8의 경우 3년)에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점, 피고인 3은 상피고인 이건희의 포괄적 위임을 받아 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 총괄적으로 지휘·감독하는 역할을 수행하였고, 피고인 4는 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 실무로 담당한 망 공소외 11과 공소외 14를 직접 또는 간접으로 지휘·감독하고 상피고인 이건희, 피고인 3에게 그 재산관리 및 운용상황을 보고하는 등 실질적으로 위 재산관리업무를 주도하는 역할을 수행하였으며, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 재무팀장으로 근무하면서 위 망 공소외 11과 공소외 14를 직접으로 지휘·감독하는 역할을 수행한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻을 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한

법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 상피고인 이건희의 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 상피고인 이건희가 망 이병철로부터 차명주식을 상속받는 바람에 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 상피고인 이건희가 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었으며, 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 피고인들은 국세기본법에 의한 과점주주가 아닌 행위자에 불과하고, 이 사건 조세포탈의 범행으로 취득한 경제적 이익이 전혀 없는 등 조세범처벌법 제3조 단서에 의하여 각 그 벌금형을 감면받을 수 있는 한편, 그로 인하여 이득을 취득한 상피고인 이건희에 대하여는 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인들은 이 사건 공소제기 후 경영일선에서 물러난 점, 피고인 3은 1999년 우측 신장 절제수술을 받아 현재 만성 신질환 2기 내지 3기로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인 3은 2004. 9. 17. 정치자금에 관한 법률 위반죄로 징역 2년 6월 집행유예 4년의 처벌을 받은 전력 외에는 형사처벌을 받은 전력이 없으며, 피고인 4, 8은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 특히 피고인 8은 2004. 1. 이후에 재무팀장으로 근무하기 시작하였던바, 차명주식 관련 업무는 종전부터 이루어지던 것이어서 같은 피고인이 이를 실명화하기로 결정하기는 사실상 어려웠을 것으로 보이고, 그 지위·역할에 비추어 다른 피고인들에 비하면 책임이 상대적으로 낮은 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 피고인들에 대한 원심의 위 선고형량은 너무 무거워 부당하다고 인정된다. 따라서 피고인들의 위 주장은 모두 이유 있고, 특별검사의 위 주장은 이유 없다.

VII. 결 론

그렇다면 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 면소 부분에는 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인 3, 4, 8에 대한 유죄 부분에는 같은 피고인들의 항소가 이유 있어, 위 각 부분 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 위 각 부분 원심판결(이유무죄 중 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분 및 피고인 3, 4, 8에 대한 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자(다만, 피고인 8은 2005. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 각 포함)을 각 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하며, 피고인 이건희의 항소 및 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대한 무죄 부분, 피고인 이건희에 대한 유죄 부분(이유무죄 중 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함), 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대한 면소 부분(이유무죄 중 2001. 5. 31.자 및 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함)에 대한 특별검사의 각 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 각 기각하기로 한다.

【이유】

】I. 항소이유의 요지

1. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 항소이유

가. 사실오인 및 법리오해

원심은, 이 부분 공소사실 중 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식의 양도에 대한 양도소득세 포탈 부분에 대하여는 위 피고인들이 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하고, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 인정된다는 이유로 유죄로 판단하였으나, 이 사건 차명계좌는 과거부터 경영권 방어라는 동일한 목적과 의사 아래 관리가 이루어져 온 점 등에 비추어 보면, 그 과정에서 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위를 두고 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'라고 할 수는 없으며, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 없었고, 특히 1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득하고 이후 양도한 주식에 대하여는 당시 시행되던 소득세법령에 의하여 양도소득세 납세의무가 성립할 것인지 여부가 불분명하였으므로 조세포탈의 범의가 더욱 없었다고 보아야 함에도, 원심은 그와 관련된 사실을 오인하거나 조세포탈죄에 관한 법리를 오해하여 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나. 양형부당

위 피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때 원심의 형량{피고인 이건희: 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 110,000,000,000원, 피고인 3 : 원심판시 2003. 5. 31.자 및 2004. 5. 31.자 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 14,000,000,000원에, 원심판시 2005. 5. 31.자, 2006. 5. 31.자, 2007. 5. 31.자 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 60,000,000,000원, 피고인 4 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 74,000,000,000원, 피고인 8 징역 3년 집행유예 4년, 벌금 40,000,000,000원}은 지나치게 무거워 부당하다.

2. 특별검사의 항소이유

가. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 및 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 법리오해

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 이는 자본거래로서 회사의 자본증가와 함께 자산 자체는 증가할 뿐 회사 밖으로 유출되는 자산은 없으므로 회사에게는 손해가 없고, 따라서 회사 경영자(이사)에게 전환사채 등의 발행에 있어서 최대한의 자금이 회사에 유입되도록 할 임무가 없으며, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되고, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되며, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼

수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

그러나 이는 자본거래와 손익거래를 구분하여 좁은 의미에서의 자본거래로서는 손익이 발생하는 것으로 보지 않는 회계학과 세법상의 정의를 토대로 한 것으로 형법에서의 손익 개념과는 전혀 다른 것이라는 점, 일반적으로 주주의 이익은 회사의 이익과 직결되고, 회사의 이익은 주주의 이익으로 귀결되므로 위와 같이 특별한 경우에 한정하여 주주의 이익이 회사의 이익으로 '포섭'된다는 식의 이론은 회사법의 법리에도 맞지 않으며, 상법 제424조의2 자체의 명문 규정에도 반하는 점, 전환사채 등의 발행은 회사의 행위이고, 주주의 법률행위가 아니라는 점에서도 전환사채 등의 저가발행으로 손해가 발생하는 경우 그 손해는 당연히 회사에 귀속된다고 보아야 하며, 주주의 손해는 간접적인 것이거나 회사의 손해의 다른 한 측면이라는 점, 동일한 자본 형성의 대가로 그에 상응한 자산을 취득할 수 있는데도 과소한 자산을 형성한 것으로서 이는 회사의 자산 유출과 동일하다는 점 등을 종합하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 전환사채 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리 등을 오해한 위법을 범한 것이다.

나. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 배정방식과 관련한 사실오인 및 법리오해

원심은, ① 전환사채의 발행을 결의한 이사회 결의가 무효이더라도 주주들에 대한 인수권 부여에는 하자가 없고, ② 청약만기를 보장하지 아니한 점은 주주배정이 아니라 제3자 배정으로 보기에 충분한 근거가 되지 못하며, ③ 주주에 대한 통지 및 실권예고부 최고가 없었다는 점에 관하여는 합리적 의심을 배제할 만한 충분한 증거가 없고, ④ 주주들의 실권이 사전에 예정되어 있었다는 점은 인정되나, 사전에 실권이 예정되어있었다고 하더라도 주주에 대한 기망, 협박 등 불법행위가 없었다면 주주들은 자의로 실권한 것으로 보아야 하므로, 주주배정 방식으로 발행한 것으로 보아야 한다고 판시하였으나, ㉠ 1996. 10. 30.의 이사회 결의 내용 중 '전환사채의 발행' 및 '주주 우선배정 후 실권 시 제3자 배정'이란 부분은, 기존주주들에게 인수권을 부여하였는지 여부와 관계없이 그 법적 효력을 인정할 수 없으므로 그에 기초한 사실상의 발행, 배정 절차에 나아갔다 하더라도 이는 부존재한 것이나 다름없다 할 것이어서, 이 점에서 이 사건 전환사채는 주주배정이 아니라 1996. 12. 3.에 비로소 제3자인 이재용 등에 대하여 발행되고 배정된 것으로 보아야 하는 점, ㉡ 삼성 에버랜드 주식회사(이하 '에버랜드'라 한다)의 이사들이 주주들에 대하여 1996. 12. 3.까지 청약의 기회를 보장하지도 않고 1996. 11.말 이전에 제일제당 주식회사(이하 '제일제당'이라 한다)를 제외한 기존주주들이 인수하지 않은 것으로 미리 임의로 확정된 다음 그날 16:00경 제3자에게 배정해버린 것은 주주들의 정당한 인수기회를 박탈한 것인 점, ㉢ 에버랜드가 주주들 모두에게 배정기준일 통지서와 청약안내서를 전달하였다는 점에 관한 진술증거는 모두 피고인들과 밀접한 이해관계가 있는 자들에 의한 것이며, 다른 관련 증거에 비추어 보아 믿기 어려운 반면, 에버랜드가 보관하고 있었다고 하는 배정기준일 통지서, 청약안내통지서, 중앙일보가 보관하고 있었다고 하면서 검찰에 제출한 배정기준일 통지서와 청약안내서는 오히려 그러한 통지 등의 절차가 이루어지지 않았다는 증거가 되는 점, ㉣ 이 사건 전환사채는 당초(1996. 10. 30.)부터 이재용 등에게 배정할 계획하에 주주배정 발행절차의 외형만 갖추어 놓고 아무런 절차 없이 1996. 12. 3.에 곧바로 이재용 등에 대하여 발행되고, 그들 명의로 예정된 바에 따라 인수한 것이므로, 제일제당을 제외한 주주들은 "배정받은 인수권을 행사하지 않

은 것"이 아니라, "배정받은 사실 자체도 없었다.

"고 보아야 할 것인 점 등으로 종합하여 보면, 이 사건 전환사채는 제3자 배정으로 발행된 것으로 보아야 할 것임에도, 원심이 이 사건 전환사채가 주주 배정방식에 의하여 발행된 것으로 봄으로써 사실오인 및 법리오해의 위법을 범하였다.

(2) 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비

이 사건 공소사실 중 에버랜드의 이사회가 비서실의 지시에 따라 전환사채를 발행한 목적이 이재용 등에 대한 지배권 이전에 있었으므로, 에버랜드의 이사가 긴급한 경영상의 필요도 없는 상태에서 시설자금을 조달한다는 명목으로 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하여 회사의 지배권을 넘기는 것은 이사의 선관주의의무를 위반하는 행위라는 부분과 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하기 위하여는 정관에 이에 관한 정함이 없는 한 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다는 상법 제513조 제3항의 규정은 처음부터 제3자 배정방식으로 발행하는 경우는 물론, 주주에게 배정한 후 실권분이 발생하여 그 실권분을 제3자에게 배정하는 경우에도 적용되는데, 에버랜드의 이사는 이사회 결의만으로써 주주총회의 특별결의를 거치지 아니하고 이 사건 전환사채를 제3자에게 배정하였으므로 법령, 정관 및 선관주의의무를 위반하였다는 부분에 대하여 원심이 전혀 심리, 판단하지 않음으로써, 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비 등의 위법을 범하였다.

다.

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 시가와 관련한 사실오인, 법리오해

(가) 원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행 당시의 삼성 에스디에스 주식회사(이하 '삼성 SDS'라 한다) 주식에 관한 거래실례는 다수 있었으나 그 거래사례는 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 거래의 실례가 된다고 보기 어렵고, 달리 공소사실이 적시한 주당 55,000원이 1999. 2. 26. 무렵의 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 반영하지 못할 수 있다는 합리적인 의심을 배제할 정도의 입증이 없다고 판단하였으나, 공소외 1, 2, 3 등 3인은 비상장주식에 관한 가격정보를 제공하는 일을 하였으며, 서울지방국세청이 밝혀낸 309회 실제거래의 상당부분이 위 3인을 통하여 이루어진 것처럼 나타나 있다고 하더라도, 위 3인은 주로 거래를 중개하는 사람들이었고, 삼성 SDS의 주식거래는 주로 삼성의 전·현직 임직원들에 의하여 이루어진 점, 1회 거래 물량이 많지 않으며, 주식 거래하는 사람들 간에 하루에 같은 주식을 여러 번 사고파는 일이 있었더라도, 서울지방국세청의 조사로 밝혀진 위 3인이 관여한 309회에 걸친 58,056주의 거래는 그 거래기간에 비추어 결코 과도하지 않을 뿐 아니라, 잦은 거래는 오히려 자유로운 경쟁매매가 이루어졌다는 사실을 반증한다는 점, 그들은 증권계좌에 이 사건 거래 주식을 입고하거나 이체하였고, 금융기관을 통하여 매매대금을 지급하는 등 투명한 방법으로 거래한 점, 위 3인이 1998. 11. 20.부터 이 사건 사채 발행일인 1999. 2. 26.까지 사이의 매매거래에서, 공소외 3은 685주를, 공소외 1은 2,360주를, 공소외 2는 2,067주를 각 매도하여 공소외 3은 1,130,510원의 손해를 보았으며, 공소외 2 역시 12,791,290원의 손해를 보았고, 공소외 1만 16,225,720원의 이익을 본 점, 피스톡에 게재된 장외거래가격 추세와 실제거래가격 추세가 비슷한 것은 시세정보가 실제거래의 결과를 반영한 데 따른 것인 점, 삼성 SDS 주가가 1998. 11.경부터 계속 상승하여 이 사건 사채 발행 이후인 2000. 1.경까지 1년 이상 기간 동안 위와 같이 가격이 계속 상승하여 90만 원 대에까

지 이르렀다는 것은 이 사건 사채 발행 무렵의 가격 상승 추세를 반영한 것으로 유독 삼성 SDS의 주식만 가격이 상승한 것은 아니었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사채 발행 무렵의 거래사실에 의한 삼성 SDS의 주가 55,000원은 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 것으로 정상거래에 의하여 형성된 가격임이 명백함에도, 원심이 위 55,000원을 이 사건 사채 발행 당시 삼성 SDS의 시가로 보지 아니한 것은 사실오인 및 법리오해의 위법을 범한 것이다.

(나) 또, 삼성증권 차장 공소외 4가 검토·분석한 바에 의하면, 공소외 1 등 3인이 삼성 SDS의 주식거래나 시세정보를 제공하기 시작한 1998. 11. 이전 거래의 가격이 23,500원이었다고 하므로, 원심으로서도 이것이 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하는 거래가격인 시가인지의 여부를 심리, 판단하여 이를 기초로 이 사건 배임죄의 이득액과 손해를 산정하여야 함에도, 삼성 SDS의 주식에 대한 거래사실에 나타난 주당 55,000원을 적정 거래가격으로 인정할 수 없다고 배척하기만 하고 위 주당 23,500원이 교환가치를 반영한 정상적인 거래가격인지 여부를 심리, 판단하지 아니한 것은 심리미진으로 인한 사실오인의 위법을 범한 것이다.

(다) 원심이 채택한 보충적인 평가방법은 회사 내부자나 특별관계인 사이의 상속·증여 등의 경우에 세액 산출을 위한 평가방법인 구 상속증여세법상 보충적인 평가방법이므로, 제3자 배정에 의한 신주인수권부사채 발행의 경우에 적용하기는 적절하지 않음에도, 원심이 이를 적용하여 삼성 SDS의 주식의 시가를 산정한 것은 주식의 시가산정에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해

원심은, ① 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분, ② 희석화로 인하여 이재용 남매의 기존주식의 가치하락분 및 ③ 신주인수권증권의 가격을 모두 이득액에서 공제하였으나, ㉠ 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분은 희석효과가 실제로 신주가 발행되어야 생기는 효과이지 전환사채 등을 발행하였다고 하여 바로 생기는 효과가 아닌 점, 희석효과를 고려하면 배임행위자 또는 제3자가 배임행위의 결과 취득한 이익의 액수를 부당하게 줄이고 그 줄어든 부분을 기존주주들에게 전가하는 결과가 되는 점, 상법 제424조의2가 '공정한 발행가액과의 차액'을 이사의 임무위배로 인한 손해액으로 규정하고 있음에 비추어 전환사채 발행에 있어 저가발행으로 인한 손해액은 적정가격과 발행가액과의 차액에 인수주식수를 곱한 금액으로 보아야 하는 점, 기타 배임죄의 성격이나 재산범죄에 있어 불법이득을 취하기 위하여 지불한 비용은 재산범죄의 이득액이나 피해자의 손해액에서 공제하지 않는 것이 원칙인 점 등을 종합하여 보면 이를 이 사건 배임죄의 손해액이나 이득액에서 공제할 것이 아니고, ㉡ 이재용 남매가 보유하고 있는 기존주식의 하락분은 이 사건 배임범죄의 피해자의 손해액 계산에서 이미 고려되었음에도 같은 범죄의 이득자인 이재용 남매가 취득한 이득액의 계산에서 이를 다시 공제하는 것은 바로 배임범행의 범인 또는 이득자의 이득액 계산에서 그 범죄 피해자의 손해액을 공제하는 결과가 되는 점, 이재용 남매가 이 사건 배임행위의 이득자로서 이 사건 배임행위로 취득한 것은 신주인수권이 아닌 기존주식이 아니므로 취득한 신주인수권이 얼마의 이득을 얻었느냐만을 계산할 것이 아닌 배임행위로 인하여 취득한 것이 아닌 보유 주식의 가치 하락분을 배임행위로 취득한 이득의 계산에서 이를 공제할 수 없는 점, 만약 이득액에서 이재용 남매의 기존주식에 대한 하락분을 공제하면, 이는 손해액 산정에서 이재용 남매의 기존주식 가치하락분을 공제하고 신주인수권으로 인수할 주식의 이득액 계산에서 이중으로 같은 금액을 공제하는 결과가 되는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 배임죄에 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아니며, ㉢ 신주인수권의 가격(11억 7,990만 원)은 이 사건 이재용 등이 인수한 신주인

수권부사채 중 신주인수권을 사채권과 분리하여 처분하는 데에 따른 채권할인 비용으로 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아님에도, 원심이 이들을 손해액과 이득액에서 각 공제한 것은 배임죄의 손해액 산정방법에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

(3) 시가 및 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반에 해당하는지 여부)

원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 5억 원은 넘으나 50억 원이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였으나, 앞서 본 바와 같이 적법하게 삼성 SDS의 시가를 결정하고 그 손해액을 산정한다면 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 50억 원이 넘으므로, 원심의 위와 같은 판단은 비상장주식의 시가 및 배임죄에 있어서의 손해액의 산정방법에 관한 사실오인, 법리오해의 위법을 범한 것이다.

라. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점

원심이 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 심리를 다하지 아니하여 사실오인의 위법을 범한 것이고, '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리오해의 위법을 범한 것이며, 또한 이는 원심이 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, 만약 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의의 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것으로서 이유모순, 이유불비 등의 위법을 범한 것이다.

마. 양형부당

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 죄질이 불량한 점 등 여러 양형 조건에 비추어 보면, 원심의 위 피고인들에 대한 형량은 너무 가벼워 부당하다.

II. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 및 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 항소이유에 대한 판단

1. 원심의 판단

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 회사에게는 손해가 없고, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되며, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되고, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

2. 당심의 판단

신주나 잠재적 주식으로서의 성격을 가지는 전환사채, 신주인수권부사채(이하 '신주 등'이라 한다)의 발행으로 인한 거래는 회사와 출자자 사이에 자산의 이전이 발생하는 것으로서 이른바 자본거래에 해당하므로, 회사의 경영자(이사 등)가 신주 등을 발행함에 있어 그 발행가액, 전환가액, 행사가액(이하 '발행가액 등'이라 한다)을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이는 회사의 손익과는 무관한 점, 회사법상의 자본충실의 원칙도 회사의 설립 또는 신주 등의 발행에 즈음하여 출자자에 의하여 인수된 주식의 주금액이 실제로 출자되도록 하여야 한다는 내용에 불과한 점, 증자 등을 할 것인지 여부, 그 액수(규모)를 얼마로 할 것인지는 이사회는 경영판단에 속하는 사항인 점 등에 비추어, 특히 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행하는 경우에 있어서는 회사의 경영자에게 신주 등의 발행가액 등을 적정가격으로 정함으로써 그에 상당하는 수량의 주식만이 발행되도록 할 임무가 있음은 별론으로 하고, 저가로 발행하는 경우 발행되는 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하는 내용의 증자 등을 함으로써 그에 상당하는 자금(증자대금 등)이 회사에 유입되도록 할 임무가 있다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행함에 있어서 그와 같은 임무가 회사의 경영자에게 있음을 전제로, 그 발행가액 등을 적정가격보다 저가로 정하여 발행한 경우 회사의 경영자가 적정가격으로 그와 같은 수량의 주식을 발행하였더라면 회사로 유입되었을 자금은 저가로 발행하여 유입된 자금보다 많았을 것인데, 그렇지 못했다는 측면에서 회사에 그 차액 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수는 없는 것이다.

다만, 적정가격보다 저가로 신주가 발행되거나 전환사채, 신주인수권부사채가 발행된 후 전환사채의 전환권 행사 또는 신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인하여 신주가 발행되면 기존주식은 희석화로 인하여 그 가치가 하락하게 되고, 신주는 기존주식의 가치가 하락한 만큼 그 납입금액보다 가치가 상승하게 되는 효과가 발생한다.

그런데 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주들에게 주주평등의 원칙에 따라 신주가 공정하게 발행되므로, 주주들이 저가발행으로 인한 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입는 한편, 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 되어 그 손해와 이익이 상쇄된다.

따라서 주주들 사이에 아무런 이해의 득실이 없고, 지분가치의 변동이 없으므로 주주들에게나 회사에 손해가 없게 된다.

그러나 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주식을 가지고 있는 기존주주들은 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입게 되고, 신주를 가지고 있는 신규주주들은 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 된다.

즉, 기존주주들의 부(富)가 신규주주들에게 이전되는 효과가 발생하게 되는 것이다.

바로 이러한 이유 때문에 우리 상법은 신주나 전환사채·신주인수권부사채를 제3자 배정방식에 의하여 발행하기 위하여는 정관에 규정이 있거나, 주주총회의 특별결의가 있어야 하는 것으로 규정하고 있는 것이다(상법 제418조 제2항, 제513조 제3항, 제516조의2 제3항). 회사의 입장에서 보면 신주 등의 발행이 주주에게 이루어지나 제3자에게 이루어지나 마찬가지이므로, 제3자 배정방식의 발행이 만약 회사와 이해관계가 있다면 특별히 제3자 배정방식에 의한 발행의 경우에 한하여 위와 같은 요건이 필요한 것으로 규정할 이유가 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주주들에게 기존주식의 가치 하락으로 인한 손해가 발생하게 되는데, 원심은 상법 제424조의2의 규정을 근거로 위와 같은 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 하였으나, 주주와 회사는 별개의 법인격을 가지고 있을 뿐만 아니라 주주의 손해와 회사의 손해는 일치한다고 할 수도 없으므로(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결 참조), 상법 제424조의2의 규정만을 근거로 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수는 없다고 할 것이다(오히려 회사의 이익이 주주들의 이익의 총화라는 견해에 의하면 기존주주들의 손해와 신규주주들의 이익이 그 액수에 있어서 동일하므로 회사의 손해는 없는 것이 된다). 결국, 회사 경영자가 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 저가로 발행한 경우에 있어서 회사의 경영자에 대하여 기존주주들에 대한 임무위배를 이유로 손해배상을 청구하는(상법 제401조) 등의 방법을 통하여 그 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 회사에 대한 임무위배를 이유로 업무상배임죄의 책임을 물을 수는 없다고 할 것이다.

특별검사는 이러한 저가발행의 경우 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하였다면 회사로 유입되었을 자금과 저가발행으로 유입된 자금의 차액 상당의 손해가 회사에게 발생한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 회사에게 그와 같은 손해가 발생한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인한 손해를 유입되어야 할 자금이 유입되지 아니하는 것으로 파악하는 이상, 회사의 입장에서는 그 자금을 제3자로부터 받으나 주주로부터 받으나 마찬가지이므로, 주주 배정방식의 발행의 경우에도 손해가 발생한다고 보아야 할 것인데, 이는 주주 배정방식의 발행의 경우에는 그 발행가액 등을 액면가액 이상으로 정하기만 하면 무방하므로, 저가발행을 하더라도 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 통설적 견해와 배치되어 부당하고, 또한 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인하여 회사에게 손해가 발생한다고 본다면, 결국 기존주주들에게 대표소송(상법 제403조)이 허용되어야 할 것이므로, 대표소송에 의하여 회사의 경영자가 그 손해 상당액을 회사에게 배상하는 경우 신규주주(신주 등의 인수인)들은 그로 인하여 간접적인 이익을 얻게 되는바, 그렇게 되면 신규주주들은 저가발행 자체로 인한 이익과 위와 같은 간접이익 등 이중의 이익을 얻게 되는 부당한 결과를 초래하게 되는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 특별검사의 위 주장은 받아들일 수 없는 것이다.

따라서 원심이 저가발행의 경우 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주나 회사에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없고, 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 회사에게는 위에서 본 바와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수 없지만 기존주주들

에게 손해가 발생하였다고 판단한 부분은 정당하나, 제3자 배정방식의 발행에 있어서 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 판단한 부분은 신주 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

그러나 원심이 특별검사가 주장하는 바와 같은 법리를 오해한 위법을 범한 것은 아니므로 특별검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

Ⅲ. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소 이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자인데, 위 피고인들은 에버랜드 대표이사 공소외 5, 경영지원실장 공소외 6과 상호 및 순차로 공모하여,

피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4는 당시 자산 총액이 8,000억 원을 상회하고, 세계적인 테마파크로의 육성을 위한 장기계획하에 5,800억 원가량의 대규모 시설투자가 이루어져 내재가치 및 성장가능성이 매우 큰 반면 자본금 규모가 35억 3,600만 원에 불과하여 지배지분의 확보가 용이한 삼성그룹 계열의 비상장회사인 에버랜드의 지배권을 세금 부담 없이 적은 자금으로 이재용에게 넘겨줄 것을 마음먹고, 위 공소외 5, 6에게 현저한 저가로 에버랜드의 전환사채를 발행하여 이재용 남매에게 배정함으로써 그들에게 에버랜드의 지배권을 이전하도록 지시하였다.

이러한 경우 에버랜드의 대표이사인 공소외 5, 경영지원실장인 공소외 6으로서는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다.

즉, 제3자 배정방식의 전환사채를 발행하기 위해서는 주주총회 특별결의 절차를 거쳐야 하고, 회사지배권을 이전할 것을 목적으로 하는 전환사채 발행, 배정을 하여서는 아니 되며, 또한 각 주주에 대하여 그 인수권을 가지는 전환사채의 액, 발행가액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용, 전환을 청구할 수 있는 기간과 일정한 기일까지 전환사채의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다.

특히, 전환가격을 정함에 있어서는 이전에 에버랜드의 주식이 거래된 사례 및 그 거래가격, 법인주주들이 에버랜드 주주의 가치에 대하여 평가한 사례 및 그 평가 근거 등을 검토하고, 전문회계법인, 감정기관 등 기업평가를 할 수 있는 객관적인 기관에 의뢰하여 회사의 자산가치, 내재가치 및 성장가능성 등을 고려한 에버랜드 주식의 실재가치를 평가하여 이루어진 적절한 전환가격을 적용할 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 공소외 5, 6은 위와 같은 임무에 위배하여, 에버랜드가 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성이 없는데도 비서실의 지시에 따라 1996. 10. 30. 용인시 포곡면 전대리 310에 있는 에버랜드의 회의실에서 전환사채 발행을 위한 이사회를 개최하여 17명의 이사 중 과반수에 미달하는 8명만이 참석한 상태에서, "권면총액

9,954,590,000원, 배정방식은 주주우선 배정 후 실권시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정, 전환가격 7,700원"을 주요 내용으로 하는 전환사채 발행 결의를 하였는바, 이와 같은 이사회의 권한범위 내의 사항이 아닌 사안에 대한 정족수 미달의 이사회 결의는 무효이므로, 더 이상 전환사채의 발행을 위한 절차에 나아가서는 아니 됨에도, 위 이사회 결의에 터잡아 전환사채 발행절차에 나아가 전환사채 배정기준일을 1996. 11. 14.로, 청약 및 납입일을 1996. 12. 3.로 정한 후 제일제당 주식회사를 제외한 주주들에게는 위와 같은 통지를 하지 아니한 채, 청약기일 만료 전에 에버랜드의 주주 26명 중 제일제당 주식회사를 제외한 나머지 25명이 인수권을 가지는 전환사채 발행 총액의 약 97%인 96억 6,181만 원 상당에 대하여 인수청약을 하지 않는 것으로 임의 확정하고 주주총회의 특별결의도 없이, 1996. 12. 3. 16:00경 위 에버랜드의 회의실에서 다시 이사회를 개최하여, 에버랜드 주식의 최소한의 실체가치인 85,000원 보다 현저히 낮게 정한 전환가격 7,700원으로 전환사채 합계 96억 6,181만 원 상당 중 이재용에게 48억 3,091만 원 상당을, 공소외 7, 8, 9에게 각 16억 1,030만 원 상당을 각 배정하는 결의를 하고, 이재용 남매로 하여금 1996. 12. 3. 17:00경 배정금액의 100%에 해당하는 청약증거금과 함께 청약하여 배정된 위 전환사채를 인수한 후 1996. 12. 17. 그 전환사채를 1주당 7,700원의 전환가격에 주식으로 각 전환하여 에버랜드 총 발행주식의 약 64%에 해당하는 합계 1,254,777주[이재용 627,390주(31.37%), 공소외 7, 8, 9 각 209,129주(각 10.46%)]를 취득하게 하였다.

이로 인하여 이재용 남매로 하여금 위 취득주식의 실체가치에 해당하는 106,656,045,000원(= 85,000원×1,254,777주)과 에버랜드에 납입한 전환사채 인수대금 9,661,810,000원의 차액인 96,994,235,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 에버랜드에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 전환사채 발행의 경위 및 목적

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

- (1) 에버랜드는 1963. 12. 23.경 설립되어 관광객 이용 시설업, 조경업, 유통업 등의 영업을 하고 있는 삼성그룹의 계열사인 비상장 법인으로서, 이 사건 전환사채 발행 전 발행주식 총수는 707,200주, 액면가는 5,000원, 자본금은 35억 3,600만 원이었다.
- (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자이고, 공소외 5는 1993. 9.경부터 2002. 6.경까지 에버랜드의 대표이사로 근무하면서 에버랜드의 경영 전반을 총괄하는 업무에 종사하였으며, 공소외 6은 1993. 11.경부터 1997. 2.경까지 에버랜드의 상무이사인 경영지원실장으로 근무하면서 에버랜드의 자금조달계획을 수립, 집행하는 등의 업무에 종사하였다.
- (3) 에버랜드는 1990년대에 들어서서 세계적인 수준의 테마파크로 도약하기 위한 계획을 세우고 노후화된 시설의 개·보수 및 캐리비안베이 등의 신규시설 건설을 위하여 대규모 투자를 실시하였는데, 특히 1995년 약 1,501억 원, 1996년 약 2,868억 원, 1997년 약 1,327억 원의 자금을 조달하여 집중적인 투자를 하였다.

위와 같은 투자금은 금융기관으로부터의 장·단기 차입, 회사채 발행 등으로 조달되었는데, 이로 인하여 이 사건 전환사채 발행 당시 2년 연속 적자를 나타냈고, 부채도 1996. 1.경 4,138억 원을 기록한 이후 꾸준히 증가하여 같은 해 11.경 약 7,411억 원에 이르렀다.

(4) 그러나 에버랜드는 이 사건 전환사채의 발행 당시인 1996년 말을 기준으로 총자산 8,387억 원 상당, 자본총계 1,581억 원 상당에 이르렀고, 1996. 12. 31. 재무제표를 기준으로 기업어음에 관하여 한국기업평가 주식회사로부터 신용등급 A3+, 한국신용평가 주식회사로부터 신용등급 A3의 평가를 받는 등 매우 양호한 신용등급을 유지하고 있었으며, 1995년 일반 시장금리 수준인 11.98%에서 12.65% 사이의 금리로 300억 원의 회사채를, 1996. 6. 12. 대한보증보험의 보증을 받아 만기 3년, 표면금리 10%인 500억 원의 회사채를, 1997년경 금리 10.8%에서 12.64% 사이에서 1,300억 원의 회사채를 각 발행하였고, 이 사건 전환사채 발행 직전인 1996. 10.경부터 같은 해 11.경까지 사이에 삼성생명 주식회사로부터 370억 원의 장기차입금을 조달하기도 하는 등 금융기관으로부터 장·단기 차입 및 회사채 발행 등을 통하여 필요한 자금을 안정적으로 조달하였으므로, 당시 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성은 없었다.

(5) 에버랜드는 1996. 5.경 1년 동안의 자금수지를 예상하면서 단자회사로부터 1996. 10.경 단기자금 518억 원, 1996. 11.경 단기자금 257억 원을 각 차용하여 은행에 대한 채무 각 10억 원 및 230억 원을 변제할 계획을 세우고 있었는데, 에버랜드의 단기차입금은 위와 같은 자금수지예상표가 작성될 무렵인 1996. 5.경 약 1,926억 원에서 이 사건 전환사채의 발행이 기획된 1996. 10.경 2,179억 원, 1996. 11.경 약 2,370억 원으로 전체 액수는 증가하였으나, 전체 차입금 중 단기차입금이 차지하는 비율은 1996. 4.경 83.54%, 1996. 5.경 77.58%, 1996. 10.경 67.35%, 1996. 11.경 69.17%로 오히려 하락하였다.

(6) 에버랜드는 이 사건 전환사채 발행 이전 및 이후에 한 번도 전환사채의 발행방법으로 자금을 조달한 사실이 없을 뿐만 아니라 필요한 자금에 관하여 월 단위, 분기 단위, 연 단위 등으로 사전에 자금조달계획을 세워서 시행하여 왔는데, 이 사건 전환사채는 위와 같은 사전 자금조달계획 및 1996. 9. 25.경 작성된 '10월 월간 자금계획서'에도 전혀 발행이 예정되어 있지 않았다.

(7) 그런데 공소외 6은 1996. 10.경 에버랜드의 노후화된 시설 개·보수 등을 위한 대규모의 자금소요로 차입금이 증가하여 약 3,200억 원에 이르고, 그 중 약 77%가 단기차입금이어서 저리의 장기 안정자금 확보가 시급하며, 에버랜드의 규모에 비하여 과소한 자본금(35억 3,600만 원)을 확충할 필요가 있다는 이유로 경영관리팀(팀장 박병주, 과장이영춘)에 자금조달방안을 강구할 것을 지시하였다.

(8) 경영관리팀에서는 공소외 6에게 당시의 시중금리 현황 및 향후 자금시장 전망, 국내 기업의 전환사채 발행 실례 등을 조사, 분석하고, 이를 기초로 증자, 사채 발행, 전환사채 발행의 장단점을 비교하여 그 중 전환사채의 발행이 주주 구성의 변동을 초래할 수 있는 단점이 있으나 기존주주와의 협의를 통하여 발행을 추진하되, 전환사채의 발행규모는 약 100억 원으로 하며, 전환을 대비할 경우의 자본금 관리 편의를 위하여 전환 후 액면가 기준 64억 6,400만 원을 증가시키는 금액을 전환가격으로 결정하고자 하고, 이 경우 전환가격은 7,700원, 발행물량은 1,292,800주가 적정하다고 보고하였다(1996. 10. 11. 자금조달방안 검토).

(9) 공소외 5, 6 등은 1996. 10. 25. 위 보고서를 토대로 만들어진 '회사채 발행(제9회) 품의서'에 결재한 후 1996. 10. 30. 이를 이사회에 상정하였다.

(10) 당시의 의사록에 의하면 에버랜드의 이사회에서 전환사채의 발행을 결의한 것으로 되어 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.

- 사채의 종류 : 무기명식 이권부 무보증전환사채
- 사채의 권면총액 : 9,954,590,000원
- 사채의 발행가액의 총액 : 사채의 권면금액의 100%
- 사채의 배정기준일 : 1996. 11. 14.
- 사채 배정방법 : 주주 우선 배정 후 실권 시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정
- 각 사채권의 금액 : 일만 원 권, 일십만 원 권, 일백만 원 권, 일천만 원 권의 4종
- 사채의 이율 : 사채 발행일부터 1999. 11. 29.까지 연 1%로 한다.
- 단, 사채 원금의 상환기일까지 전환권을 행사하지 않은 사채권자에 대한 보장수익률은 연 5% 복리로 한다.
- 원금 상환방법과 기한 : 사채원금의 112.61%에 해당하는 금액을 1999. 11. 29.에 일시에 상환한다.
- 단, 상환기일이 은행휴업일인 때에는 그 다음 영업일로 한다.
- 자금의 사용목적 : 시설자금
- 전환에 관한 사항 : 각 사채 권면액의 100%를 전환가격으로 나눈 주식수를 전환 주식수로 하고 1주 미만의 단주는 주권 교부 시 현금으로 지급하되, 사채의 전환가격은 1주당 7,700원으로 한다.
- 전환에 따라 발행할 주식의 종류 : 기명식 보통주식
- 전환청구기간 : 사채발행 익일부터 상환기일 직전일까지로 한다.
- 전환청구를 받을 장소 : 에버랜드 경영관리팀

(11) 그런데 에버랜드의 정관에 의하면, 이사회의 안건은 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 결의에 의하도록 규정되어 있었고, 당시 에버랜드의 이사는 17명이었는데, 1996. 10. 30. 개최된 이사회 의사록에는 '공소외 5가 의장석에 착석하여 공소외 5, 6과 조현호 등을 포함한 9명의 이사가 출석하여 성원이 되었음을 선언한 뒤 의안을 심리하여 출석 이사 전원의 찬성으로 의결한 것'으로 기재한 후 이사들의 날인이 되어 있으나, 이사 중 조현호는 그 당시 외국 출장 중이어서 위 회의에 참석할 수 없었기 때문에, 이사회 의사록 기재만으로도 위 이사회 결의는 의결정족수가 미달된 상태에서 이루어진 것이다.

(12) 이 사건 전환사채 발행 당시 에버랜드의 법인주주들은 삼성그룹의 계열사이거나 계열사였다가 계열 분리된 8개 회사 및 1개 재단법인이고, 개인주주들은 삼성그룹의 회장 피고인 이건희를 비롯하여 대부분 삼성그룹 계열사의 전·현직 임직원들로 총 17명이었으며, 각 주주들에게 배정된 금액은 다음과 같다.

- 주식회사 중앙일보사 : 4,801,660,000원
- 제일모직 주식회사 : 1,407,610,000원
- 삼성물산 주식회사 : 520,780,000원
- 재단법인 삼성문화재단 : 309,960,000원
- 제일제당 주식회사 : 292,780,000원

- 한솔제지 주식회사 : 94,300,000원
- 한솔건설 주식회사 : 95,710,000원
- 한솔화학 주식회사 : 91,490,000원
- 주식회사 신세계백화점 : 22,520,000원
- 이건희 : 1,310,020,000원
- 나머지 개인주주들 합계 : 1,007,760,000원

(13) 제일제당은 해당 전환사채(발행사채총액의 2.94%) 인수에 대한 청약 의사를 표시하였으나, 제일제당을 제외한 나머지 법인 주주 및 개인 주주들은 전환사채 청약 만기일인 1996. 12. 3. 16:00까지도 해당 전환사채(97.06%)의 인수 청약을 하지 않았다.

(14) 공소외 5, 6은 1996. 12. 3. 16:00 무렵 이사회를 개최하여 인수청약이 없는 전환사채를 이건희의 장남인 이재용에게 4,830,910,000원 상당, 이건희의 딸들인 공소외 7, 8, 9에게 각 1,610,300,000원 상당을 각각 배정하기로 하는 내용의 안건을 상정하고, 당시 참석한 이사 9명 전원이 찬성하여 가결된 것으로 이사회 의사록에 기재되어 있다.

(15) 이재용 등은 배정 당일 17:00경 인수청약을 하고 17:23 인수대금을 납입하였다.

그 후 이재용, 공소외 7, 8, 9는 1996. 12. 17.에, 공소외 10은 제일제당으로부터 1996. 12. 11. 전환사채를 양수한 후 1997. 3.경에 각 전환권을 행사하였으며, 이에 따라 에버랜드의 주주 구성은 원심판결문 별지 '삼성 에버랜드 주주 구성 변동표' 기재와 같이 변경되었다.

(16) 한편, 그룹 비서실은 회장이 그룹을 전체적으로 통제하여 각 계열사들에 대하여 경영지배권을 행사하기 위한 지원 조직으로서 회장의 지시, 위임, 포괄적 위임에 따라 각 계열사에 대한 기획 및 조정업무를 총괄하였다.

계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 전환사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 에버랜드 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1996. 12. 3. 실권분 배정을 위한 이사회 개최 2-3일 전에 실권 확정된 전환사채를 이재용 남매 4인이 3:1:1:1의 비율로 인수하는 것으로 정하여 에버랜드에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 전환사채가 이재용 남매에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 전환사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 남매에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 당심의 직권판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 전환사채가 주주 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 원심의 앞서 본 법리에 따라 에버랜드 대표이사인 공소외 5와 공소외 6 등에게 당시의 주식가치를 고려하여 전환가격을 정하여야 할 임무가 있다고 볼 수 없고, 주주 배정절차에서 기존주주들이 인수권을 부여받고도 실권한 이상 에버랜드 지배구조변경 내지 기존주주의 주식가치

하락이라는 결과는 스스로 용인한 것으로서 그 주주의 손해를 에버랜드에 대한 배임죄로 의율하기 어려운 구조이므로, 피고인 이견희, 피고인 2, 3, 5, 4에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 전환사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 전환사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 전환사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 에버랜드에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 에버랜드에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 위 피고인들에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 전환사채의 저가발행으로 인하여 에버랜드가 그 적정가격(시가)인 85,000원에서 전환사채 인수대금인 7,700원을 공제한 금액에 전환권의 행사로 발행된 신주 1,254,777주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 에버랜드 경영자가 전환사채를 발행함에 있어 그 전환가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 에버랜드에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 에버랜드가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 에버랜드의 경영자가 1,254,777주의 전환권이 인정된 전환사채를 그 당시 에버랜드 주식의 시가로 발행하여 이재용 남매나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 전환사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 결론에 있어서 정당하다 할 것이다.

IV. 특별검사의 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이견희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로 재직하며, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였으며, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.

위 피고인들은 상호 및 순차로 공모하여 다음과 같은 행위를 하였다.

1999. 2.경 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이고, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높고, 1~2년 내에 코스닥 상장이 예정되어 있었는데, 삼성 SDS로 하여금 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하고 이재용 남매가 이를 인수하게 하여 이미 이재용 남매가 보유하고 있던 14.8%의 주식 지분과 합하여 1대 주주가 되게 함으로써 이재용 남매에게 삼성 SDS에 대한 경영지배권과, 나아가 시세차익이나 상장차익을 얻게 할 목적으로, 위 회사로 하여금 긴급한 자금이 필요하다는 명분을 내세워 사모 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하기로 하였다.

피고인 4는 1999. 2.경 공소외 11에게 위와 같은 신주인수권부사채 발행계획을 삼성 SDS에 전하도록 하는 한편, 자신은 구조조정본부장인 피고인 3에게 이를 보고하였고, 피고인 3은 그 즈음 피고인 이건희를 만나 위 계획을 보고하였는데, 피고인 이건희는 그러한 계획을 추진함은 물론, 이에 더하여 이재용 남매뿐만 아니라 피고인 3과 피고인 4도 그 신주인수권부사채의 인수인으로 동참할 것을 지시하였다.

한편, 피고인 7은 1999. 2.경 재무팀으로부터 이 사건 사모 신주인수권부사채의 발행 계획을 전달받은 후 바로 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달한다는 명목으로 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 구조조정본부 재무팀의 지시에 따라 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.

공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. '삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다'는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

1999. 2. 22.경 피고인 4와 공소외 11이 당초 계획하였던 것과는 달리 피고인 이건희로부터 피고인 3과 피고인 4도 동참하라는 지시가 떨어졌고, 그 지시는 피고인 3, 4를 거쳐 그 시경 피고인 7, 6에게 순차로 전달되었는바, 공소외 12는 그 시경 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.

1999. 2. 당시 피고인 6은 삼성 SDS의 대표이사로서 그 회사의 경영 전반을 총괄하고 있었고, 피고인 7은 그 회사의 재무담당 임원(상무)으로서 재무에 관한 한 실질적인 책임을 지고 있었으므로, 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 결의하고 그 발행을 실행함에 있어 정관과 법령이 정한 바에 따라 정상적인 의사결정절차를 거쳐야 함은 물론, 그러한 사채를 발행할 필요성과 발행할 사채의 규모, 내용 등 실질적인 요건을 엄밀히 검토하고 합리적인 판단을 함으로써 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 할 임무를 부담하고 있었다.

1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익 증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었고. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였으며, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였고 영업이 활성화되어 가고 있었으므로 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다고 할 것이고, 가사 긴급자금 조달이 필요하였다고 하더라도 신주인수권부사채의 발행은 잠재적 신주발행과 같은 효과가 있으므로 피고인 6과 피고인 7로서는 신주인수권의 행사가격을 적정하게 책정함으로써 그러한 사채의 발행으로 회사가 얻을 수 있는 자본을 최대한 확보하여 자본의 충실을 꾀해야 하는 의무와 희석효과로 인한 주가하락이나 지배구조의 변동으로 인하여 회사와 주주들이 입게 될 손해를 미연에 방지해야 할 의무 및 주가로서 표상되는 회사의 가치를 보전해야 하는 의무를 부담하고 있으므로, 비상장회사인 삼성 SDS의 신주인수권 행사가격을 정함에 있어서 회사의 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 하고, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 평가 방법들을 고려하고 당해 사채의 발행 목적, 발행 당시 회사의 상황, 회사 업종의 특성 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 신주인수권의 행사가격을 적정하게 산정하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인 6, 7 등은 그 임무에 위배하여, 삼성 SDS가 긴급한 자금을 필요로 하였는지 여부를 면밀히 검토해 보지 않고 오로지 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매와 피고인 3, 4로 하여금 저가로 인수하게 함으로써 제1대 주주였던 삼성전자 주식회사(29.9%)의 주식지분이 23.6%로 줄어드는 대신 이재용 남매의 지분 합계가 종래의 14.8%에서 25.4%로 증가하여 제1대 주주가 되게 할 의도로, 1999. 2. 25. 08:00~09:00 사이에 서울 강남구 역삼동 707-19 일옥빌딩 24층에 있는 삼성 SDS 본사 회의실에서 개최된 신주인수권부사채 발행을 위한 이사회에서, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다.

신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하고, 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였으며, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였고, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였으며, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

피고인 6, 7 등 이사회에 참석한 이사들은 삼성 SDS의 주가를 산정함에 있어 삼성 SDS의 주식에 관한 정상적인 거래사례가 있는지, 그 거래사례에 나타난 가격이 정상적인 교환가치를 적정하게 반영하고 있는지 등은 전혀 고려하지 않은 채 당시 시행되고 있던 상속세 및 증여세법이 정한 보충적 평가방법에 따라 1999. 1. 1. 현재를 기준으로 평가한 가액에 약간의 지배주주 프리미엄을 얹어 신주인수권부사채의 행사가격을 주당 7,150원으로 결정하였는바, 삼성 SDS의 주가는 사채발행일에 근접한 1999. 2. 10.경부터 같은 해 3. 15.경까지의 기간 동안 1주당 53,000원 내지 60,000원 범위 내에서 안정되어 있었고 그 이후에도 그 거래가격이 지속적으로 상승하였으며, 1999. 2.을 전후하여 삼성 SDS의 주식 및 대형통신업체를 비롯한 비상장주식의 장외거래가가 급등하였고 삼성 SDS의 주가는 주당 58,000원까지 상승하였으며, 1998. 7.경부터 1999. 12.경까지 거래당사자 134명 사이에 2,572회에 걸쳐 501,997주가 거래되었고, 1998. 11. 29.부터 2000. 1. 15.까지의 기간 동안 불특정 다수인 사이에 309회에 걸쳐 총 58,056주의 거래가 이루어진 사실이 있었으며, 특히 1999. 2. 26.에는 삼성 SDS의 주식 303주가 1주당 55,000원에 거래된 적도 있었는바, 이들 거래사례에 나타난 주당 55,000원은 1999. 2. 당시의 삼성 SDS 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래에 의한 가격이었다.

결국 피고인 이건희, 피고인 6과 피고인 7은 각 삼성 SDS의 이사로서, 피고인 3은 감사로서 각 그 업무상의 임무에 위배하여, 나아가 피고인 이건희, 피고인 3, 4는 각 삼성그룹 회장, 구조조정본부장, 구조조정본부 재무팀장으로서 삼성 SDS의 이사회가 개최되기 전에 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 함께 계획하고, 최종 인수인을 지정하거나 스스로 인수인이 되어 이 사건 사채의 상당 부분을 직접 인수하기까지 함으로써 피고인 6 등 삼성 SDS의 이사들의 업무상 배임행위에 적극 가담하여, 이 사건 신주인수권부사채를 적정한 가격에 현저히 미치지 못하는 가격으로 위 인수인들에게 넘겨줌으로써 그들에게 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득할 수 있는 권리를 부여하여, 그 결과 그들이 신주인수권을 모두 행사할 경우 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하면 32.9%가 되고, 그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 되어 이재용 남매가 제1대 주주로 부상하게 함으로써 이재용 남매로 하여금 삼성 SDS의 경영지배권을 확보하게 하고, 동시에 이재용에게 31,453,814,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 657,342\text{주}\}$, 공소외 7, 8, 9에게 각 22,753,823,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 475,524\text{주}\}$, 피고인 3에게 36,138,425,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 755,244\text{주}\}$, 피고인

4에게 18,069,212,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 377,622\text{주}\}$ 등 합계 금 153,922,923,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 삼성 SDS에게 그 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위 및 목적

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

가. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위

- (1) 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고, 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이며, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높은 회사이었다.
- (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였고, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.
- (3) 피고인 7은 1999. 2.경 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달하기 위하여 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.
- (4) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. "삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다"는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 1999. 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

- (5) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.
- (6) 1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었으며. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였고, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였으며, 영업이 활성화되어 가고 있었으므로, 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다.
- (7) 피고인 6, 7 등은 1999. 2. 25. 위 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 이사회에 상정하였는데, 그 이사회에서는, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.
- 사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다. 신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.
- "는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하였다.
- (8) 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였고, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권 증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였으며, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였고, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.
- (9) 그 후 이재용 등은 이 사건 신주인수권을 행사하여 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득하였는데, 그 결과 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하여 32.9%(그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 된다)의 주식지분을 취득함으로써 제1대 주주로 되었다.
- (10) 한편, 계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 신주인수권부사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 삼성 SDS 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1999. 2. 22.경 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매 4인 및 피고인 3, 4 등 6인이 인수하는 것으로 정하여 삼성 SDS에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 신주인수권부사채가 이재용 등 6인에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 등에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 직권 판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 신주인수권부사채가 제3자 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 그 신주인수권 행사가액이 적정가격보다 저가로 발행된 결과, 원심의 앞서 본 법리에 따라 삼성 SDS가 손해를 입었지만, 그 손해액이 5억은 넘으나 50억이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 이 사건 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 신주인수권부사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 신주인수권부사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 삼성 SDS에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 삼성 SDS에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 신주인수권부사채의 저가발행으로 인하여 삼성 SDS가 그 적정가격(시가)인 55,000원에서 그 신주인수권의 행사가액인 7,150원을 공제한 금액에 신주인수권의 행사로 발행된 신주 3,216,780주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 삼성 SDS 경영자가 이 사건 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 행사가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 삼성 SDS에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결,

대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 삼성 SDS가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 삼성 SDS의 경영자가 3,216,780주의 신주인수권이 부여된 신주인수권부사채를 그 당시 삼성SDS 주식의 시가로 발행하여 이재용 등이나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 원심의 위와 같은 판단은 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것으로서, 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 이 부분 원심판결은 그대로 유지될 수 없다고 할 것이다.

V. 피고인 및 특별검사의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 각 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 삼성전자, 삼성전기, 삼성화재해상보험 주식회사, 삼성에스디아이(SDI) 주식회사, 삼성증권, 에스원, 삼성물산의 주식을 친족 기타 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 회사별 소유 주식의 시가총액이 각 100억 원 이상인 대주주로서 피고인 3, 4 등에 대한 지휘·감독자이고, 피고인 3은 이건희의 개인재산 관리업무에 대한 지휘·감독자이며, 피고인 4는 위 업무를 전담하는 망 공소외 11, 14에 대한 직접 또는 상위의 지휘·감독자, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 구조조정본부 재무팀장으로서 망 공소외 11, 14의 위 업무에 대한 직접적인 지휘·감독자인바, 순차 공모하여,

2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31. 사이에, 망 공소외 11이 차명계좌를 통하여 이건희의 재산을 관리하던 중 당시 삼성그룹 직원이었던 공소외 김승언을 포함하여 모두 25명의 31개 차명 증권위탁계좌를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 28,526주, 삼성전기 주식 11,150주, 삼성화재 주식 19,260주, 삼성SDI 주식 2,200주, 에스원 주식 6,490주 합계 67,626주를 매도하여 6,668,753,956원 상당의 양도차익이 발생하였으므로, 위 금원에 대한 양도소득세 과세표준 신고를 확정 신고기한인 2001. 5. 31.까지 관할 세무서인 용산세무서에 하여야 함에도 불구하고, 해당 주식거래를 납세 의무자 이건희 본인이 아닌 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 계좌 내에서 거래함으로써 세무당국에 포착되기 어렵게 하고 그 주식거래로 인한 소득을 신고하지 아니하여 과세관청이 양도소득세 과세표준을 결정할 수 없도록 함으로써 사기 기타 부정한 행위로써 위 양도차익에 대한 양도소득세 1,333,316,489원을 포탈한 것을 비롯하여 공소장 별지 1 범죄일람표 기재와 같이 2000년부터 2006년 사이에 삼성그룹 전·현직 임원 258명 명의의 차명 증권위탁계좌 341개를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 1,329,031주, 삼성물산 주식 36,947주, 삼성전기 주식 215,229주, 삼성증권 주식 71,148주, 삼성화재 주식 66,144주, 삼성SDI 주식 65,536주, 에스원 주식 287,403주 합계 2,071,438주를 매도하여 564,346,083,082원의 양도차익이 발생하였음에도 각 주식을 매도한 해의 다음해 5. 31.까지 이에 대한 소득을 신고하지 아니하고 사기 기타 부정한 행위로써 양도소득세 112,870,008,581원을 포탈하였다.

2. 원심의 판단

가. 관련 법령과 법리

- (1) 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호는, 소득세의 경우 '사기 기타 부정한 행위'로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

그리고 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제1호는, 그 중에서도 포탈세액 등이 연간 10억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 이 경우 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 되어 있다.

조세의 탈루가 고의로 부정한 행위에 의하여 이루어진 경우에는 국가의 과세권을 침해하고 국민의 조세평등을 해치는 반사회적인 범죄행위이므로, 그러한 요건에 해당하지 않는 조세회피행위와 구별하여 형사처벌까지 가하는 것이다.

따라서 조세포탈죄를 유죄로 인정하기 위해서는, 납세의무자가 사기 기타 부정한 행위에 의하여 조세채권에 대한 포탈의 결과를 발생하게 하여야 하며, 그에 대한 고의가 있었다는 점도 증명되어야 한다.

- (2) 그런데 원래 소득세법상 상장주식의 양도로 인한 소득에 대하여는 양도소득세 납세의무가 없는 것이지만, 일정한 범위의 대주주에 대해서는 주식의 양도소득에 대하여 납세의무가 있다.

즉, 소득세법이 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되면서 증권거래소에 상장된 주식 또는 출자지분으로서 대통령령이 정하는 것의 양도로 인하여 발생하는 소득을 양도소득세 과세대상에 포함하도록 하는 제94조 제3호(이하 '이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정'이라 한다)가 신설되고, 이에 따라 소득세법 시행령 제157조가 1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정됨으로써 '주권상장법인의 주식 등의 합계액 중 5% 이상에 해당하는 주식 등을 소유하고 있는 주주 또는 출자자 1인 및 그와 국세기본법 시행령 제20조의 규정에 의한 친족 기타 특수관계에 있는 자가 당해 법인의 주식 등의 합계액의 1% 이상(3년간 합산하여)을 양도하는 경우' 양도소득세 납세의무가 발생하게 되었다(1999. 1. 1.부터 각 시행).

한편, 위 소득세법 시행령 제157조가 1999. 12. 31. 대통령령 제16664호로 개정됨으로써 대주주의 범위에 대한 요건이 달라졌는데, '① 주권상장법인의 주주 또는 출자자 1인 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 자가 양도일 직전사업연도 종료일 현재 당해 법인의 주식 등의 합계액의 3% 이상을 소유한 경우 또는 ② 양도일 직전사업연도 종료일 현재 소유하는 당해 법인 주식 등의 시가총액이 100억 원 이상인 경우'이다(2000. 1. 1.부터 시행).

- (3) 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려서 사용하였다 하여 그 차명계좌 이용행위 한 가지만으로 구체적 행위의 동기와 경위 등의 사정을 떠나서 어느 경우에도 관련 소득의 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니지만, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정상 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유라는 사실이 드러나는지 여부가 피고인 이건희의 양도소득세 납세의무의 존부를 결정짓는 요소인 것이므로, 과세대상의 무신고와 아울러 여러 개의 차명계좌에 분산 입금(입고)하거나 순차 다른 차명계좌에 입금(입고)을 반복하는 행위, 현금 등 지급수단의 교환반복행위 등과 같이 차명계좌의 재산이 피고인 이건희의 소유인 사실을 감추려는 적극적 의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 양도소득세의 부과징수를 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도의 부정한 행위가 있는 것으로 보아야 한다.

나. 판단의 전제사실

앞서 거시한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 차명으로 주식을 취득하게 된 경위

이 사건 공소제기된 피고인 이건희의 차명 증권위탁계좌의 주식은, 위 피고인이 1987년 선대회장 망 이병철로부터 차명계좌 상태로 상속받은 주식과 그밖에 주주배당금 등 위 피고인 소유의 자금으로 주식을 매입한 것, 망 이병철로부터 가차명예금 등의 형태로 상속받은 금원으로써 매입한 주식이 있다(피고인들의 진술에 의함. 이에 대하여 특별검사의 탄핵이 없으므로 그대로 판단의 전제사실로 삼는다).

(2) 차명계좌 관리 상황

피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 공소외 14가 특별검사에게 제출한 차명계좌는 404명 명의의 활동성계좌 1,042개(약 4조 5,370억 원 상당)와 폐쇄계좌 152개이고, 이를 포함하여 확인된 차명계좌가 대략 486명 명의의 1,199개에 이른다.

이 중 증권위탁계좌는 활동계좌 595개와 폐쇄계좌 119개의 합계 714개이며, 위 714개의 증권계좌 중 2000년부터 2006년까지 사이에 주식을 매도한 거래가 있었던 증권계좌인 258명 명의의 341개 계좌에 대하여 이 사건 공소가 제기되었다(위 활동계좌 595개 중 해당 매도거래가 없는 계좌를 제외한 나머지 180명 명의의 234개 계좌와, 위 폐쇄계좌 119개 중 89명 명의의 107개 계좌의 합계 341개).

삼성그룹 비서실, 구조조정본부 또는 전략기획실에는 피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 전담 직원이 있었는데 이 사건 해당 기간에는 망 공소외 11과 공소외 14가 금융시장 동향분석, 공시업무와 함께 위 개인재산 관리업무를 담당하였다.

공소외 11의 후임자인 공소외 14는 2003. 10.경 공소외 11로부터 피고인 이건희의 재산관리에 필요한 컴퓨터 파일 형태의 자료와 통장 및 카드를 임시로 교부받고 금고 등 개인재산 관리업무를 부분적으로 맡게 되었고, 공소외 11이 사망하기 직전인 2005. 7. 정식으로 관리업무를 인계받았다.

위 컴퓨터 파일자료에는 차명을 제공한 명의자들의 인적사항, 금융기관의 명칭, 금융상품의 종류와 금액, 증권위탁계좌의 주식의 종목별 수량 등이 정리되어 있다.

망 공소외 11과 공소외 14는 명의자의 퇴직 등으로 인하여 기존 차명계좌의 사용이 곤란해질 것으로 예상되거나 곤란해진 경우에 해당 계좌의 주식을 매도하여 현금으로 인출하고, 새로이 다른 명의로 개설한 차명계좌나 기존의 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하였다.

고액권 수표로 인출된 후 수표를 오랫동안 사용하지 않고 그대로 보관하고 있는 액수도 다액에 이른다.

또한, 유상증자가 시행되는 경우에 인수자금부족으로 신주인수를 포기하기보다는 신주를 시가보다 낮게 인수하는 것이 유리하다는 점에서 신주인수대금을 마련하기 위하여 기존 보유주식을 매각하기도 하였는데, 이는 대부분 1998년과 1999년에 이루어졌고, 2000년(2000년 이후 매도분만 공소제기됨) 이후에는 2000. 1. 삼성화재의 유상증자에 참여하기 위하여 소량의 주식을 매도한 사례가 있을 뿐이다.

(3) 보고체계 등

피고인 이건희의 개인재산 관리업무는 재무팀장인 피고인 4와 그 후임자인 피고인 8 내지 실무전담직원인 망 공소외 11과 그 후임자인 공소외 14에게 위임되어 있었고, 피고인 3은 개인재산 관리업무에 대하여 전반적인 지휘감독자, 피고인 4 및 피고인 8은 차상위 지휘감독자의 지위에 있었다.

피고인 4는 피고인 이건희에게 통상 2~3년에 한번씩 이 사건 차명계좌를 포함하는 전체 재산현황을 간략히 보고하였다.

다.

판 단

(1) 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (유죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8에 대한 2000년 내지 2006년 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 유죄 부분 기재와 같은 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 각 과세연도별 상장주식 양도소득세포탈 부분을 본다.

위 인정 사실에 의하면, ① 피고인 이건희의 개인재산관리를 담당하였던 망 공소외 11과 공소외 14는 주로 삼성그룹 전·현직 임직원의 명의로 차명계좌를 개설하여 사용하였고, ② 천 개가 넘는 많은 차명계좌들을 사용하여 피고인 이건희의 소유인 주식, 현금, 채권 등을 분산해 놓았으며, ③ 하나의 차명계좌에서 다른 차명계좌로 재산을 이전할 때에는 과세관청의 추적이 불가능하도록 수표나 계좌이체가 아닌 현금 출금의 방법만을 취하였다.

그렇다면 망 공소외 11과 공소외 14가 위와 같이 다수의 분산된 차명계좌로 주식을 취득하고 매도하는 거래를 하고도 그 양도소득을 신고하지 아니한 행위는, 세무공무원이 위 차명계좌의 주식이 모두 대주주인 피고인 이건희의 소유로서 양도소득 과세대상에 해당함을 발견하는 것을 불능 또는 현저히 곤란하게 하였다고 인정된다.

(나) 변호인의 주장에 대한 판단

피고인들과 변호인은 비록 차명계좌를 이용하였다고 하더라도 구체적 행위의 동기와 경위에 비추어 '사기 기타 부정한 행위'가 아니라고 주장한다.

즉, ① 경영권 방어 목적에서 차명으로 주식을 보유하게 되었으며 차익거래를 통한 재산증식의 목적도 없었기 때문에 차명계좌를 보유하게 된 동기와 경위에 있어서 조세포탈과 무관하다는 것과, ② 차명계좌의 주식을 양도한 것은 명의자의 퇴직이나 사망 등으로 새로운 명의자의 계좌로 교체하는 경우 및 유상증자가 있을 때 신주인수대금을 마련하려는 경우가 있었을 뿐이므로 주식 매도를 통해서 소득을 올리려는 의사 자체가 없어 단순한 차명계좌의 보유 외에 적극적인 소득은닉행위가 없다는 것이다.

살피건대, 삼성전자 등 계열사 주식을 빈번하게 매매함으로써 양도차익으로 재산을 증식하기 위하여 차명계좌에 그 재산을 은닉한다는 의도가 있었다고 볼 만한 증거나 객관적 정황은 존재하지 아니하며, 변호인의 위 주장을 뒷받침할 자료가 충분히 제출되지는 아니하였으나 그와 같은 구체적 행위의 동기와 경위를 참작할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 망 공소외 11, 공소외 14는 매우 많은 차명계좌들을 운용하면서, 어느 차명계좌로부터 금원을 인출하여 소비하거나 새로운 계좌에 입금할 필요가 있을 때에는 그 액수가 고액이더라도 대부분 현금출금 등의 방법을 통함으로써 자금추적을 곤란하게 하고, 배당금수령액을 수표로 출금한 경우에는 동일 명의인의 계좌에만 입금하거나 사용하지 않고 금고에 장기보관하는 등 과세관청으로 하여금 차명계좌들의 상호 연관성을 발견하기 곤란하게 하였던 사

정, 기존 명의자의 차명계좌를 더 이상 사용하지 아니할 경우에는 그 명의자 계좌의 주식을 모두 매도하고 현금으로 전액출금한 다음에 신규 또는 기존의 다른 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하는 방법에 의하였던 사정(변호인 제출의 2008. 6. 24.자 변론요지서에 첨부된 원심판결문 별첨 3 '매도·매수 연결계좌' 내역은 이러한 사실인정을 뒷받침한다) 등을 종합하여 보면, 위와 같은 행위는 다수 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유인 사실을 발견하기 매우 곤란하게 하는 사회통념상 부정한 행위로서 적극적 은닉의도가 현저하므로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다.

(다) 조세포탈의 고의

피고인 이건희 등이 상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

(라) 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식에 관한 양도소득세 부분

변호인은, 1999. 12. 31.자 대통령령 제16664호 개정 소득세법 시행령이 시행되기 이전에는 피고인 이건희가 대주주 요건에 해당하여 상장주식 양도소득세 납세의무가 있는지 여부가 불분명하였으므로, 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식의 양도로 인한 연도별 소득세 합계 13,079,223,470원 부분에 대해서는 조세포탈의 범의가 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정은 대주주의 주식거래에 대하여 양도소득세를 부과하는 취지로 신설된 것이고, 피고인 이건희가 삼성전자 등 계열사의 대주주임이 명백한 이상, 피고인들은 적어도 1999. 1. 1. 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 시행된 때부터는 장차 피고인 이건희 소유의 주식을 매도하는 양도소득에 대하여 소득세납세의무가 발생할 것이라고 예견할 수 있었다고 할 것이다(양도소득세 부과요건에 해당한다는 점만 인식하면 충분하지, 그 양도 이후에야 확정될 세액 등에 대하여 구체적으로 인식할 것을 요하지 아니한다).

(마) 공동정범 성립

앞서 본 바와 같은 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 지위와 이건희 개인재산 관리업무에 있어서의 역할, 관리상황에 대한 보고 경위 등에 비추어 보면 피고인 3, 4, 8은 상피고인 이건희와 사이에 공동정범 관계가 있었다고 인정된다.

(바) 소결론

그렇다면 원심판시 범죄사실 제1항과 같이 피고인 이건희가 차명계좌를 통하여 1999. 1. 1. 이후에 취득한 주식을 그 후 양도함으로써 얻은 양도차익에 대한 각 과세연도별 소득세 합계 46,561,789,308원 부분은 위 피고인들의 조세포탈죄 공동정범이 성립한다.

(2) 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분(무죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년 내지 2006년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 취득한 이건희 소유의 주식을 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로서 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 무죄 부분 기재와 같은 각 연도별 양도

소득세를 합계 65,649,063,467원 상당(다만, 피고인 8은 1998. 12. 31. 이전 취득주식에 대한 2004년 내지 2006년의 연도별 양도소득세 합계 50,106,684,159원 상당) 포탈하였다는 부분을 본다.

(나) 헌법 제38조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거로 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하며, 이러한 소급과세금지 원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰보호에 기여한다.

특히, 조세형사법의 운용에 있어서는, 법 시행 당시의 행위와 사실만이 적용대상이 되고 그 시행 이전에 완결된 행위와 사실에는 원칙적으로 적용이 없다고 하는 죄형법정주의에 따른 형벌불소급의 원칙이 함께 적용되어야 한다.

(다) 차명계좌의 사용이 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 하려면, 주식을 매도할 때 계좌에 입금되는 그 매도대금이 차명계좌를 통하여 은닉된다는 결과를 적극적으로 의도하는 것이어야 하므로, 원칙적으로 주식을 차명계좌에 매수·입고하는 행위가 있어야 한다.

그런데 피고인 이건희가 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌를 통하여 주식을 취득할 당시에는 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 아직 신설되지 아니한 상태여서 대주주의 주식양도로 인한 양도소득세의 납세의무에 대하여 전혀 예견할 수 없었고 동 규정 시행 이후에는 그 주식을 차명계좌에 보유하다가 매도하는 행위가 있었을 뿐이므로, 양도소득세 과세대상에 해당하는 점과는 별도로 조세포탈죄의 사기 기타 부정한 행위라고 볼 수 없다.

다만, 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식에 대하여 만약 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 새롭게 조세포탈 의도가 분명히 드러나는 적극적인 은닉행위가 있는 경우에는, 사기 기타 부정한 행위에 해당할 가능성이 전적으로 배제되는 것은 아닐 것이다.

그러나 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌에 주식을 입고하여 그 소유관계를 은닉하는 행위가 완결되어 있고, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 위 주식에 관하여는 배당금수령, 주식매도, 현금인출 등과 계좌폐쇄 행위가 있었을 뿐인데 이것은 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이전에 만들어진 차명계좌를 계속 보유하면서 관리하는 차원으로 볼 수 있어서 그것만으로는 적극적 은닉행위에 해당한다고 할 수 없다(차명계좌를 해소하지 아니한 부작위라 해도 마찬가지이다).

(라) 특별검사의 주장에 대한 판단

이와 달리, 각 계좌마다 계속적으로 동일 주식의 매도와 매수를 반복한 경우가 대부분이라고 하는 특별검사의 주장을 보건대, 이는 주가의 등락시마다 매수·매도를 통해 시세차익을 올려 재산을 증식할 목적이므로 조세포탈 의도가 있었다고 주장하는 취지로 선택할 수 있지만, 그러한 사실관계에 대하여 아무런 증거가 없다(변호인 제출의 계좌 거래 내역, 주가추이, 회사공시자료 등에 비추어 보면 그러한 정황은 없는 것으로 보인다).

(마) 소결론

그렇다면 각 연도별 조세포탈의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

(3) 면소 선고 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년, 2001년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실의 요지는 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 이건희 소유의 주식을 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로써 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 해당란 기재와 같이 2000년 1,337,542,614원, 2001년 2,450,387,175원의 양도소득세를 각 포탈하였다는 것이다.

(나) 판 단

위 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전 취득 주식에 관한 양도소득세포탈 부분은 전술하는 바와 같은 이유에서 무죄로 판단된다.

무죄 부분을 제외한 나머지 양도소득세 포탈액은 2000년 귀속분 170,764,291원, 2001년 귀속분 488,391,515원이다.

그렇다면 포탈세액이 모두 5억 원 미만이므로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 가중 규정이 적용되지 아니한다(가중 요건이 2억 원 이상이던 구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것)의 규정은 형법 제1조 제2항에 따라 적용되지 아니한다). 따라서 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호를 논할 수 있을 뿐인데, 이는 같은 법 제17조에 따라 공소시효가 5년이다.

이 사건 양도소득세를 포탈하는 죄는 양도소득과세표준 확정신고 기간을 도과하는 때에 성립하는 것이고, 특별검사의 공소는 2000년분, 2001년분 양도소득과세표준 확정신고기간 만료일인 2001. 5. 31. 및 2002. 5. 31.로부터 5년이 경과한 후인 2008. 4. 17.에 제기되었음이 기록상 명백하다.

따라서 피고인 이건희, 피고인 3, 4에 대한 2001. 5. 31.자, 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다.

3. 당심의 판단

가. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 사실오인, 법리오해의 주장에 대하여{1999. 1. 1. 이후 취득한 주식(1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 부분 포함)에 대한 양도소득세 포탈 부분}

조세범처벌법 제9조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조에 규정된 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위를 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결 등 참조). 그리고 조세포탈죄는 고의범이지 목적범은 아니어서 피고인이 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하지는 아니하므로, 납세의무를 진다는 것과 자기의 행위(작위, 부작위)가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에는 조세포탈죄의 범의가 인정된다고 할 것이다.

위 각 법리에 비추어 이 사건 증거들을 면밀하게 살펴보면, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 특별검사의 사실오인, 법리오해, 이유모순, 이유불비의 주장에 대하여(1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 및 면소 신고 부분)

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001도3797 판결 등).

이러한 법리에 비추어 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 위에서 본 사유들에, 원심 및 당심이 적법하게 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 이건희의 선대 이병철 회장이 차명계좌를 이용한 이유가 각종 행정법규상의 규제나 제재, 조세당국의 자금출처 조사를 통한 조세부과, 기타 사회적인 비난 등을 회피하기 위한 탈법적 목적이 있었다거나, 1987. 11. 피고인 이건희가 위 차명계좌를 그대로 상속받으면서 상속세를 포탈하였다고 하더라도 이러한 사정은 사기 및 부정한 행위의 판단에 영향을 미치는 요소라고 보기는 어려운 점, ② 1993. 금융실명제 실시에도 불구하고 실명화하지 않았고, 이후 1998. 및 2002. 등 수회에 걸쳐 실명화할 수 있는 기회가 있었음에도 차명계좌를 유지하였다고 하더라도, 이러한 부작위를 바로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 볼 수는 없는 점을 더하여 보면, 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다고 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실오인, 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 특별검사는, 원심이 ① 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, ② 만약, 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 이는 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판시한 부분(원심 판결문 17면의 "상장주식 양도소득세 납세의무가 있음에도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

"는 부분)과 상반되는 판단을 한 것이라고 주장하나, 원심은 ① 피고인들의 이러한 차명계좌의 관리실태를 무죄 부분에서는 양도 이후의 사정으로만 고려하여 적극적 은닉행위가 없었다고 판단한 것이며, 유죄 부분에서는 그 차명주식의 양도 이후의 사정으로뿐만 아니라, 그 차명주식을 양도한 후 다른 차명주식의 취득시의 사정으로 함께 고려하여

적극적 은닉행위가 있었다고 판단한 것으로서, 위 각 판단이 서로 상반된다고 볼 수 없고, ② 또한 원심판시의 취지는 '사기 기타 부정한 행위'의 범위와 본질을 파악함에 있어서 위계 기타 부정한 적극적인 행위와 무신고 또는 과소 신고행위를 포괄하여 조세포탈범의 실행행위인 '사기 기타 부정한 행위'로 보는 이른바 포괄설의 입장에서 차명주식의 취득시점에서도 '사기 기타 부정한 행위'에 대한 인식이 있어야 한다는 취지이며, 차명주식의 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지가 아니어서 조세포탈죄의 기수시기 및 범의에 관한 법리를 오해하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단하였다고 특별검사가 주장하는 부분은 그 원심판시의 취지가 1999. 1. 1. 이후에는 대주주의 상장주식 양도행위 자체가 양도소득세 과세대상으로 규정되었기 때문에 그 때부터는 상장주식을 취득하면서 차명계좌를 개설하거나 또는 차명주식을 취득하는 행위는 그 이후의 양도행위와 아울러 차명계좌를 이용하는 행위로서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다는 취지일 뿐이고, 조세포탈의 기수시기나 차명계좌에서 주식을 양도할 때의 행위나 정황만을 기준으로 고의 존부를 판단하여야 한다는 취지가 아니어서 서로 상반되는 판단이라고 볼 수 없으므로, 거기에 이유모순, 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 특별검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

VI. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 각 양형부당 항소이유와 특별검사의 같은 피고인들에 대한 각 양형부당의 항소이유에 대한 판단

1. 피고인 이건희의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인에 대한 양형부당의 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원에 이르며, 포탈기간도 6년에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻을 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 피고인은 망 이병철로부터 차명주식을 상속받아 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 피고인은 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었을 뿐만 아니라 그로 인하여 취득한 이득을 박탈하기 위하여 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인은 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 이 사건 증권거래법위반의 범행은 증권거래법이 금지하는 내부정보이용 등 계열사 주식의 매매를 통하여 재산증식을 꾀하려는 부정한 의도로 범한 것은 아닌 것으로 보이는 점, 피고인이 1999. 11.부터 2000. 4.까지 폐암수술 및 방사선 치료를 받았으며, 현재도 '세균성 폐염', '심낭염 및 늑막염', '폐부종', '관상동맥협착증세' 등으로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인이 삼성그룹의 지배주주로서의 지위와 경영권을 승계받아 삼성전자 등의 계열회사를 세계적인 기업으로 변모시키는 등 경영능력을 발휘하여 국가경제 발전에 기여하고, 고용창출 등을 통하여 사회안정에도 기여함으로써 '사업보국'(事業報國)의 역할을 수행한 점, 피고인이 이 사건 공소

제기 이후 그 책임을 지고 그룹과 관련된 모든 직위에서 물러난 점, 피고인이 대한레슬링협회 회장, 국제올림픽위원회 위원, 2002년 월드컵 축구대회 조직위원회 위원으로 사회에 봉사하고 체육발전과 소외계층 등에 대한 지원을 하여온 공로를 인정받아 대통령 체육포장, 체육훈장 맹호장, 체육훈장 청룡장, 국민훈장 무궁화장 등을 수여받은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 원심의 위 선고형량은 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고 인정되지는 아니하므로, 피고인과 특별검사의 위 각 주장은 모두 이유 없다.

2. 피고인 3, 4, 8의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원(다만, 피고인 8의 경우 37,649,660,866원)에 이르며, 포탈기간도 6년(피고인 8의 경우 3년)에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점, 피고인 3은 상피고인 이건희의 포괄적 위임을 받아 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 총괄적으로 지휘·감독하는 역할을 수행하였고, 피고인 4는 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 실무로 담당하는 망 공소외 11과 공소외 14를 직접 또는 간접으로 지휘·감독하고 상피고인 이건희, 피고인 3에게 그 재산관리 및 운용상황을 보고하는 등 실질적으로 위 재산관리업무를 주도하는 역할을 수행하였으며, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 재무팀장으로 근무하면서 위 망 공소외 11과 공소외 14를 직접으로 지휘·감독하는 역할을 수행한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻으려는 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 상피고인 이건희의 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 상피고인 이건희가 망 이병철로부터 차명주식을 상속받는 바람에 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 상피고인 이건희가 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었으며, 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 피고인들은 국세기본법에 의한 과점주주가 아닌 행위자에 불과하고, 이 사건 조세포탈의 범행으로 취득한 경제적 이익이 전혀 없는 등 조세범처벌법 제3조 단서에 의하여 각 그 벌금형을 감면받을 수 있는 한편, 그로 인하여 이득을 취득한 상피고인 이건희에 대하여는 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인들은 이 사건 공소제기 후 경영일선에서 물러난 점, 피고인 3은 1999년 우측 신장 절제수술을 받아 현재 만성 신질환 2기 내지 3기로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인 3은 2004. 9. 17. 정치자금에 관한 법률 위반죄로 징역 2년 6월 집행유예 4년의 처벌을 받은 전력 외에는 형사처벌을 받은 전력이 없으며, 피고인 4, 8은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 특히 피고인 8은 2004. 1. 이후에 재무팀장으로 근무하기 시작하였던바, 차명주식 관련 업무는 종전부터 이루어지던 것이어서 같은 피고인이 이를 실명화하기로 결정하기는 사실상 어려웠을 것으로 보이고, 그 지위·역할에 비추어 다른 피고인들에 비하면 책임이 상대적으로 낮은 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 피고인들에 대한 원심의 위 선고형량은 너무 무거워 부당하다고 인정된다.

따라서 피고인들의 위 주장은 모두 이유 있고, 특별검사의 위 주장은 이유 없다.

Ⅶ. 결 론

그렇다면 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 면소 부분에는 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인 3, 4, 8에 대한 유죄 부분에는 같은 피고인들의 항소가 이유 있어, 위 각 부분 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 위 각 부분 원심판결(이유무죄 중 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분 및 피고인 3, 4, 8에 대한 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자(다만, 피고인 8은 2005. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 각 포함)을 각 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하며, 피고인 이건희의 항소 및 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대한 무죄 부분, 피고인 이건희에 대한 유죄 부분(이유무죄 중 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함), 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대한 면소 부분(이유무죄 중 2001. 5. 31.자 및 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함)에 대한 특별검사의 각 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 각 기각하기로 한다.

【이유】

Ⅰ. 항소이유의 요지

1. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 항소이유가. 사실오인 및 법리오해

원심은, 이 부분 공소사실 중 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식의 양도에 대한 양도소득세 포탈 부분에 대하여는 위 피고인들이 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하고, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 인정된다는 이유로 유죄로 판단하였으나, 이 사건 차명계좌는 과거부터 경영권 방어라는 동일한 목적과 의사 아래 관리가 이루어져 온 점 등에 비추어 보면, 그 과정에서 차명계좌를 통하여 주식을 취득, 양도한 행위를 두고 조세범처벌법 제9조 제1항 소정의 '사기 기타 부정한 행위'라고 할 수는 없으며, 위 피고인들에게 조세포탈의 고의도 없었고, 특히 1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득하고 이후 양도한 주식에 대하여는 당시 시행되던 소득세법령에 의하여 양도소득세 납세의무가 성립할 것인지 여부가 불분명하였으므로 조세포탈의 범의가 더욱 없었다고 보아야 함에도, 원심은 그와 관련된 사실을 오인하거나 조세포탈죄에 관한 법리를 오해하여 유죄로 인정함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다.

나. 양형부당

위 피고인들에 대한 제반 양형조건들을 고려할 때 원심의 형량(피고인 이건희: 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 110,000,000,000원, 피고인 3 : 원심판시 2003. 5. 31.자 및 2004. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 14,000,000,000원에, 원심판시 2005. 5. 31.자, 2006. 5. 31.자,

2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)죄에 대하여는 징역 2년 6월 집행유예 5년, 벌금 60,000,000,000원, 피고인 4 징역 3년 집행유예 5년, 벌금 74,000,000,000원, 피고인 8 징역 3년 집행유예 4년, 벌금 40,000,000,000원)은 지나치게 무거워 부당하다.

2. 특별검사의 항소이유

가. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 및 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 법리오해

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 이는 자본거래로서 회사의 자본증가와 함께 자산 자체는 증가할 뿐 회사 밖으로 유출되는 자산은 없으므로 회사에게는 손해가 없고, 따라서 회사 경영자(이사)에게 전환사채 등의 발행에 있어서 최대한의 자금이 회사에 유입되도록 할 임무가 없으며, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되고, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되며, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

그러나 이는 자본거래와 손익거래를 구분하여 좁은 의미에서의 자본거래로서는 손익이 발생하는 것으로 보지 않는 회계학과 세법상의 정의를 토대로 한 것으로 형법에서의 손익 개념과는 전혀 다른 것이라는 점, 일반적으로 주주의 이익은 회사의 이익과 직결되고, 회사의 이익은 주주의 이익으로 귀결되므로 위와 같이 특별한 경우에 한정하여 주주의 이익이 회사의 이익으로 '포섭'된다는 식의 이론은 회사법의 법리에도 맞지 않으며, 상법 제424조의2 자체의 명문 규정에도 반하는 점, 전환사채 등의 발행은 회사의 행위이고, 주주의 법률행위가 아니라는 점에서도 전환사채 등의 저가발행으로 손해가 발생하는 경우 그 손해는 당연히 회사에 귀속된다고 보아야 하며, 주주의 손해는 간접적인 것이거나 회사의 손해의 다른 한 측면이라는 점, 동일한 자본 형성의 대가로 그에 상응한 자산을 취득할 수 있는데도 과소한 재산을 형성한 것으로서 이는 회사의 자산 유출과 동일하다는 점 등을 종합하여 보면, 원심의 위와 같은 판단은 전환사채 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리 등을 오해한 위법을 범한 것이다.

나. 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 배정방식과 관련한 사실오인 및 법리오해

원심은, ① 전환사채의 발행을 결의한 이사회 결의가 무효이더라도 주주들에 대한 인수권 부여에는 하자가 없고, ② 청약만기를 보장하지 아니한 점은 주주배정이 아니라 제3자 배정으로 보기에 충분한 근거가 되지 못하며, ③ 주주에 대한 통지 및 실권예고부 최고가 없었다는 점에 관하여는 합리적 의심을 배제할 만한 충분한 증거가 없고, ④ 주주

들의 실권이 사전에 예정되어 있었다는 점은 인정되나, 사전에 실권이 예정되어있었다고 하더라도 주주에 대한 기망, 협박 등 불법행위가 없었다면 주주들은 자의로 실권한 것으로 보아야 하므로, 주주배정 방식으로 발행한 것으로 보아야 한다고 판시하였으나, ㉔ 1996. 10. 30.의 이사회 결의 내용 중 '전환사채의 발행' 및 '주주 우선배정 후 실권 시 제3자 배정'이란 부분은, 기존주주들에게 인수권을 부여하였는지 여부와 관계없이 그 법적 효력을 인정할 수 없으므로 그에 기초한 사실상의 발행, 배정 절차에 나아갔다 하더라도 이는 부존재한 것이나 다름없다 할 것이어서, 이 점에서 이 사건 전환사채는 주주배정이 아니라 1996. 12. 3.에 비로소 제3자인 이재용 등에 대하여 발행되고 배정된 것으로 보아야 하는 점, ㉕ 삼성 에버랜드 주식회사(이하 '에버랜드'라 한다)의 이사들이 주주들에 대하여 1996. 12. 3.까지 청약의 기회를 보장하지도 않고 1996. 11.말 이전에 제일제당 주식회사(이하 '제일제당'이라 한다)를 제외한 기존주주들이 인수하지 않은 것으로 미리 임의로 확정된 다음 그날 16:00경 제3자에게 배정해버린 것은 주주들의 정당한 인수기회를 박탈한 것인 점, ㉖ 에버랜드가 주주들 모두에게 배정기준일 통지서와 청약안내서를 전달하였다는 점에 관한 진술증거는 모두 피고인들과 밀접한 이해관계가 있는 자들에 의한 것이며, 다른 관련 증거에 비추어 보아 믿기 어려운 반면, 에버랜드가 보관하고 있었다고 하는 배정기준일 통지서, 청약안내통지서, 중앙일보가 보관하고 있었다고 하면서 검찰에 제출한 배정기준일 통지서와 청약안내서는 오히려 그러한 통지 등의 절차가 이루어지지 않았다는 증거가 되는 점, ㉗ 이 사건 전환사채는 당초(1996. 10. 30.)부터 이재용 등에게 배정할 계획하에 주주배정 발행절차의 외형만 갖추어 놓고 아무런 절차 없이 1996. 12. 3.에 곧바로 이재용 등에 대하여 발행되고, 그들 명의로 예정된 바에 따라 인수한 것이므로, 제일제당을 제외한 주주들은 "배정받은 인수권을 행사하지 않은 것"이 아니라, "배정받은 사실 자체도 없었다.

"고 보아야 할 것인 점 등으로 종합하여 보면, 이 사건 전환사채는 제3자 배정으로 발행된 것으로 보아야 할 것임에도, 원심이 이 사건 전환사채가 주주 배정방식에 의하여 발행된 것으로 봄으로써 사실오인 및 법리오해의 위법을 범하였다.

(2) 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비

이 사건 공소사실 중 에버랜드의 이사회가 비서실의 지시에 따라 전환사채를 발행한 목적이 이재용 등에 대한 지배권 이전에 있었으므로, 에버랜드의 이사가 긴급한 경영상의 필요도 없는 상태에서 시설자금을 조달한다는 명목으로 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하여 회사의 지배권을 넘기는 것은 이사의 선관주의의무를 위반하는 행위라는 부분과 전환사채를 제3자 배정방식으로 발행하기 위하여는 정관에 이에 관한 정함이 없는 한 주주총회의 특별결의를 거쳐야 한다는 상법 제513조 제3항의 규정은 처음부터 제3자 배정방식으로 발행하는 경우는 물론, 주주에게 배정한 후 실권분이 발생하여 그 실권분을 제3자에게 배정하는 경우에도 적용되는데, 에버랜드의 이사는 이사회 결의만으로써 주주총회의 특별결의를 거치지 아니하고 이 사건 전환사채를 제3자에게 배정하였으므로 법령, 정관 및 선관주의의무를 위반하였다는 부분에 대하여 원심이 전혀 심리, 판단하지 않음으로써, 심리미진, 사실오인, 법리오해, 이유불비 등의 위법을 범하였다.

다.

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7의 삼성 에스디에스 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점

(1) 시가와 관련한 사실오인, 법리오해

(가) 원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행 당시의 삼성 에스디에스 주식회사(이하 '삼성 SDS'라 한다) 주식에 관한 거래실례는 다수 있었으나 그 거래사례는 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 거래의 실례가 된다고 보기 어렵고, 달리 공소사실이 적시한 주당 55,000원이 1999. 2. 26. 무렵의 삼성 SDS 주식의 객관적인 교환가치를 반영하지 못할 수 있다는 합리적인 의심을 배제할 정도의 입증이 없다고 판단하였으나, 공소외 1, 2, 3 등 3인은 비상장주식에 관한 가격정보를 제공하는 일을 하였으며, 서울지방법국세청이 밝혀낸 309회 실제거래의 상당 부분이 위 3인을 통하여 이루어진 것처럼 나타나 있다고 하더라도, 위 3인은 주로 거래를 중개하는 사람들이었고, 삼성 SDS의 주식거래는 주로 삼성의 전·현직 임직원들에 의하여 이루어진 점, 1회 거래 물량이 많지 않으며, 주식 거래하는 사람들 간에 하루에 같은 주식을 여러 번 사고파는 일이 있었더라도, 서울지방법국세청의 조사로 밝혀진 위 3인이 관여한 309회에 걸친 58,056주의 거래는 그 거래기간에 비추어 결코 과도하지 않을 뿐 아니라, 잦은 거래는 오히려 자유로운 경쟁매매가 이루어졌다는 사실을 반증한다는 점, 그들은 증권계좌에 이 사건 거래 주식을 입고하거나 이체하였고, 금융기관을 통하여 매매대금을 지급하는 등 투명한 방법으로 거래한 점, 위 3인이 1998. 11. 20.부터 이 사건 사채 발행일인 1999. 2. 26.까지 사이의 매매거래에서, 공소외 3은 685주를, 공소외 1은 2,360주를, 공소외 2는 2,067주를 각 매도하여 공소외 3은 1,130,510원의 손해를 보았으며, 공소외 2 역시 12,791,290원의 손해를 보았고, 공소외 1만 16,225,720원의 이익을 본 점, 피스톡에 게재된 장외거래가격 추세와 실제거래가격 추세가 비슷한 것은 시세정보가 실제거래의 결과를 반영한 데 따른 것인 점, 삼성 SDS 주가가 1998. 11.경부터 계속 상승하여 이 사건 사채 발행 이후인 2000. 1.경까지 1년 이상 기간 동안 위와 같이 가격이 계속 상승하여 90만 원 대에까지 이르렀다는 것은 이 사건 사채 발행 무렵의 가격 상승 추세를 반영한 것으로 유독 삼성 SDS의 주식만 가격이 상승한 것은 아니었던 점 등에 비추어 보면, 이 사건 사채 발행 무렵의 거래사례에 의한 삼성 SDS의 주가 55,000원은 객관적인 교환가치를 적정하게 반영한 것으로 정상거래에 의하여 형성된 가격임이 명백함에도, 원심이 위 55,000원을 이 사건 사채 발행 당시 삼성 SDS의 시가로 보지 아니한 것은 사실오인 및 법리오해의 위법을 범한 것이다.

(나) 또, 삼성증권 차장 공소외 4가 검토·분석한 바에 의하면, 공소외 1 등 3인이 삼성 SDS의 주식거래나 시세정보를 제공하기 시작한 1998. 11. 이전 거래의 가격이 23,500원이었다고 하므로, 원심으로서도 이것이 객관적인 교환가치를 적정하게 반영하는 거래가격인 시가인지의 여부를 심리, 판단하여 이를 기초로 이 사건 배임죄의 이득액과 손해를 산정하여야 함에도, 삼성 SDS의 주식에 대한 거래사례에 나타난 주당 55,000원을 적정 거래가격으로 인정할 수 없다고 배척하기만 하고 위 주당 23,500원이 교환가치를 반영한 정상적인 거래가격인지 여부를 심리, 판단하지 아니한 것은 심리미진으로 인한 사실오인의 위법을 범한 것이다.

(다) 원심이 채택한 보충적인 평가방법은 회사 내부자나 특별관계인 사이의 상속·증여 등의 경우에 세액 산출을 위한 평가방법인 구 상속증여세법상 보충적인 평가방법이므로, 제3자 배정에 의한 신주인수권부사채 발행의 경우에 적용하기는 적절하지 않음에도, 원심이 이를 적용하여 삼성 SDS의 주식의 시가를 산정한 것은 주식의 시가산정에 관한 법리를 오해한 것이다.

(2) 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해

원심은, ① 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분, ② 희석화로 인하여 이재용 남매의 기존주식의 가치하락분 및 ③ 신주인수권증권의 가격을 모두 이득액에서 공제하였으나, ㉔ 저가발행으로 인한 주가의 희석화로 인한 하락분은 희석효과가 실제로 신주가 발행되어야 생기는 효과이지 전환사채 등을 발행하였다고 하여 바로 생기는 효과가 아닌 점, 희석효과를 고려하면 배임행위자 또는 제3자가 배임행위의 결과 취득한 이익의 액수를 부당하게 줄이고 그 줄어든 부분을 기존주주들에게 전가하는 결과가 되는 점, 상법 제424조의2가 '공정한 발행가액과의 차액'을 이사의 임무위배로 인한 손해액으로 규정하고 있음에 비추어 전환사채 발행에 있어 저가발행으로 인한 손해액은 적정가격과 발행가액과의 차액에 인수주식수를 곱한 금액으로 보아야 하는 점, 기타 배임죄의 성격이나 재산범죄에 있어 불법이득을 취하기 위하여 지불한 비용은 재산범죄의 이득액이나 피해자의 손해액에서 공제하지 않는 것이 원칙인 점 등을 종합하여 보면 이를 이 사건 배임죄의 손해액이나 이득액에서 공제할 것이 아니고, ㉕ 이재용 남매가 보유하고 있는 기존주식의 하락분은 이 사건 배임범죄의 피해자의 손해액 계산에서 이미 고려되었음에도 같은 범죄의 이득자인 이재용 남매가 취득한 이득액의 계산에서 이를 다시 공제하는 것은 바로 배임범행의 범인 또는 이득자의 이득액 계산에서 그 범죄 피해자의 손해액을 공제하는 결과가 되는 점, 이재용 남매가 이 사건 배임행위의 이득자로서 이 사건 배임행위로 취득한 것은 신주인수권이지 기존주식이 아니므로 취득한 신주인수권이 얼마의 이득을 얻었느냐만을 계산할 것이지 배임행위로 인하여 취득한 것이 아닌 보유 주식의 가치 하락분을 배임행위로 취득한 이득의 계산에서 이를 공제할 수 없는 점, 만약 이득액에서 이재용 남매의 기존주식에 대한 하락분을 공제하면, 이는 손해액 산정에서 이재용 남매의 기존주식 가치하락분을 공제하고 신주인수권으로 인수할 주식의 이득액 계산에서 이중으로 같은 금액을 공제하는 결과가 되는 점 등을 종합하여 보면 이 사건 배임죄에 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아니며, ㉖ 신주인수권의 가격(11억 7,990만 원)은 이 사건 이재용 등이 인수한 신주인수권부사채 중 신주인수권을 사채권과 분리하여 처분하는 데에 따른 채권할인 비용으로 손해액이나 이득액에서 이를 공제할 것이 아님에도, 원심이 이들을 손해액과 이득액에서 각 공제한 것은 배임죄의 손해액 산정방법에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

(3) 시가 및 손해액 산정방법과 관련한 사실오인, 법리오해(특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반에 해당하는지 여부)

원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 5억 원은 넘으나 50억 원이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였으나, 앞서 본 바와 같이 적법하게 삼성 SDS의 시가를 결정하고 그 손해액을 산정한다면 이 사건 신주인수권부사채 발행으로 인하여 삼성 SDS가 입은 손해액이 50억 원이 넘으므로, 원심의 위와 같은 판단은 비상장주식의 시가 및 배임죄에 있어서의 손해액의 산정방법에 관한 사실오인, 법리오해의 위법을 범한 것이다.

라. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점

원심이 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 심리를 다하지 아니하여 사실오인의 위법을 범한 것이고, '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리오해의 위법을 범한 것이며, 또한 이는 원심이 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, 만약 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의의 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것으로서 이유모순, 이유불비 등의 위법을 범한 것이다.

마. 양형부당

피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 죄질이 불량한 점 등 여러 양형 조건에 비추어 보면, 원심의 위 피고인들에 대한 형량은 너무 가벼워 부당하다.

II. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 및 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 공통된 항소이유에 대한 판단

1. 원심의 판단

원심은, 주식회사가 전환사채나 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 전환가격 또는 신주인수권의 행사가격을 적정가격보다 저가로 정할 경우, 회사에게는 손해가 없고, 다만 기존주주들에게 지배력 약화와 주식가치의 하락으로 인한 손해가 발생하므로, 전환사채 등을 주주 배정방식으로 발행하면 기존주주들이 자기의 손해를 용인한 것이어서 주주의 손해나 회사의 손해를 논할 여지가 없게 되지만, 제3자 배정방식으로 발행하면 기존주주들에게 비율적 지배력과 지분가치에 영향을 미치게 되며, 이로 인해 기존주주들의 이익 침해, 즉 자본구성과 관련된 기존주주들의 이익이 침해되고, 이러한 기존주주들의 이익이 회사이익으로 포섭될 수 있는 경우에 한하여 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 볼 수 있는데, 상법 제424조의2에 의하여 저가발행으로 인해 기존주주들이 입는 손해를 주주 대표소송을 통해 회사에 귀속시키도록 하고 있으므로, 위와 같은 손해는 회사의 손해로 포섭될 수 있다고 판단하였다.

2. 당심의 판단

신주나 잠재적 주식으로서의 성격을 가지는 전환사채, 신주인수권부사채(이하 '신주 등'이라 한다)의 발행으로 인한 거래는 회사와 출자자 사이에 자산의 이전이 발생하는 것으로서 이른바 자본거래에 해당하므로, 회사의 경영자(이사 등)가 신주 등을 발행함에 있어 그 발행가액, 전환가액, 행사가액(이하 '발행가액 등'이라 한다)을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이는 회사의 손익과는 무관한 점, 회사법상의 자본충실의 원칙도 회사의 설립 또는 신주 등의 발행에 즈음하여 출자자에 의하여 인수된 주식의 주금액이 실제로 출자되도록 하여야 한다는 내용에 불과한 점, 증자 등을 할 것인지 여부, 그 액수(규모)를 얼마로 할 것인지는 이사회는 경영판단에 속하는 사항인 점 등에 비추어, 특히 이 사건과 같이 자금을 조달하는

목적이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행하는 경우에 있어서는 회사의 경영자에게 신주 등의 발행가액 등을 적정가격으로 정함으로써 그에 상당하는 수량의 주식만이 발행되도록 할 임무가 있음은 별론으로 하고, 저가로 발행하는 경우 발행되는 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하는 내용의 증자 등을 함으로써 그에 상당하는 자금(증자대금 등)이 회사에 유입되도록 할 임무가 있다고 볼 수는 없다.

따라서 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 발행함에 있어서 그와 같은 임무가 회사의 경영자에게 있음을 전제로, 그 발행가액 등을 적정가격보다 저가로 정하여 발행한 경우 회사의 경영자가 적정가격으로 그와 같은 수량의 주식을 발행하였더라면 회사로 유입되었을 자금은 저가로 발행하여 유입된 자금보다 많았을 것인데, 그렇지 못했다는 측면에서 회사에 그 차액 상당의 손해가 발생하였다고 볼 수는 없는 것이다.

다만, 적정가격보다 저가로 신주가 발행되거나 전환사채, 신주인수권부사채가 발행된 후 전환사채의 전환권 행사 또는 신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인하여 신주가 발행되면 기존주식은 희석화로 인하여 그 가치가 하락하게 되고, 신주는 기존주식의 가치가 하락한 만큼 그 납입금액보다 가치가 상승하게 되는 효과가 발생한다.

그런데 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주들에게 주주평등의 원칙에 따라 신주가 공정하게 발행되므로, 주주들이 저가발행으로 인한 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입는 한편, 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 되어 그 손해와 이익이 상쇄된다.

따라서 주주들 사이에 아무런 이해의 득실이 없고, 지분가치의 변동이 없으므로 주주들에게나 회사에 손해가 없게 된다.

그러나 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주식을 가지고 있는 기존주주들은 기존주식의 가치 하락으로 손해를 입게 되고, 신주를 가지고 있는 신규주주들은 신주의 가치 상승으로 동액 상당의 이익을 얻게 된다.

즉, 기존주주들의 부(富)가 신규주주들에게 이전되는 효과가 발생하게 되는 것이다.

바로 이러한 이유 때문에 우리 상법은 신주나 전환사채·신주인수권부사채를 제3자 배정방식에 의하여 발행하기 위하여는 정관에 규정이 있거나, 주주총회의 특별결의가 있어야 하는 것으로 규정하고 있는 것이다(상법 제418조 제2항, 제513조 제3항, 제516조의2 제3항). 회사의 입장에서 보면 신주 등의 발행이 주주에게 이루어지나 제3자에게 이루어지나 마찬가지이므로, 제3자 배정방식의 발행이 만약 회사와 이해관계가 있다면 특별히 제3자 배정방식에 의한 발행의 경우에 한하여 위와 같은 요건이 필요한 것으로 규정할 이유가 없을 것이기 때문이다.

이와 같이 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 기존주주들에게 기존주식의 가치 하락으로 인한 손해가 발생하게 되는데, 원심은 상법 제424조의2의 규정을 근거로 위와 같은 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 하였으나, 주주와 회사는 별개의 법인격을 가지고 있을 뿐만 아니라 주주의 손해와 회사의 손해는 일치한다고 할 수도 없으므로(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결 참조), 상법 제424조의2의 규정만을 근거로 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수는 없다고 할 것이다(오히려 회사의 이익이 주주들의 이익의 총화라는 견해에 의하면 기존주주들의 손해와 신규주주들의 이익이 그 액수에 있어서 동일하므로 회사의 손해는 없는 것이 된다). 결국, 회사 경영자가 이 사건과 같이 조세를 회피하면서 지배권 이전을 목적으로 신주 등을 저가로 발행한 경우에 있어서 회사의 경영자에 대하여 기존주주들에 대한 임무위배를 이유로 손해배상을 청구하는(상법 제401조) 등의 방법을 통하여 그 책임을 묻는 것은 별론으로 하고, 회사에 대한 임무위배를 이유로 업무상배임죄의 책임을 물을 수

는 없다고 할 것이다.

특별검사는 이러한 저가발행의 경우 주식의 수량과 같은 수량의 주식을 적정가격으로 발행하였다면 회사로 유입되었을 자금과 저가발행으로 유입된 자금의 차액 상당의 손해가 회사에게 발생한다고 주장하나, 위에서 본 바와 같이 회사에게 그와 같은 손해가 발생한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인한 손해를 유입되어야 할 자금이 유입되지 아니하는 것으로 파악하는 이상, 회사의 입장에서는 그 자금을 제3자로부터 받으나 주주로부터 받으나 마찬가지이므로, 주주 배정방식의 발행의 경우에도 손해가 발생한다고 보아야 할 것인데, 이는 주주 배정방식의 발행의 경우에는 그 발행가액 등을 액면가액 이상으로 정하기만 하면 무방하므로, 저가발행을 하더라도 손해가 발생한다고 볼 수 없다는 통설적 견해와 배치되어 부당하고, 또한 특별검사의 주장과 같이 저가발행으로 인하여 회사에게 손해가 발생한다고 본다면, 결국 기존주주들에게 대표소송(상법 제403조)이 허용되어야 할 것이므로, 대표소송에 의하여 회사의 경영자가 그 손해 상당액을 회사에게 배상하는 경우 신규주주(신주 등의 인수인)들은 그로 인하여 간접적인 이익을 얻게 되는바, 그렇게 되면 신규주주들은 저가발행 자체로 인한 이익과 위와 같은 간접이익 등 이중의 이익을 얻게 되는 부당한 결과를 초래하게 되는 등 여러 가지 불합리한 결과를 초래하게 되므로, 특별검사의 위 주장은 받아들일 수 없는 것이다.

따라서 원심이 저가발행의 경우 주주 배정방식의 발행에 있어서는 주주나 회사에게 손해가 발생하였다고 볼 수 없고, 제3자 배정방식의 발행에 있어서는 회사에게는 위에서 본 바와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수 없지만 기존주주들에게 손해가 발생하였다고 판단한 부분은 정당하나, 제3자 배정방식의 발행에 있어서 기존주주들의 손해를 회사의 손해로 포섭할 수 있다고 판단한 부분은 신주 등의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것이다.

그러나 원심이 특별검사가 주장하는 바와 같은 법리를 오해한 위법을 범한 것은 아니므로 특별검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

Ⅲ. 특별검사의 에버랜드 전환사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소 이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자인데, 위 피고인들은 에버랜드 대표이사 공소외 5, 경영지원실장 공소외 6과 상호 및 순차로 공모하여,

피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4는 당시 자산 총액이 8,000억 원을 상회하고, 세계적인 테마파크로의 육성을 위한 장기계획하에 5,800억 원가량의 대규모 시설투자가 이루어져 내재가치 및 성장가능성이 매우 큰 반면 자본금 규모가 35억 3,600만 원에 불과하여 지배지분의 확보가 용이한 삼성그룹 계열의 비상장회사인 에버랜드의 지배권을 세습

부담 없이 적은 자금으로 이재용에게 넘겨줄 것을 마음먹고, 위 공소외 5, 6에게 현저한 저가로 에버랜드의 전환사채를 발행하여 이재용 남매에게 배정함으로써 그들에게 에버랜드의 지배권을 이전하도록 지시하였다.

이러한 경우 에버랜드의 대표이사인 공소외 5, 경영지원실장인 공소외 6으로서는 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다.

즉, 제3자 배정방식의 전환사채를 발행하기 위해서는 주주총회 특별결의 절차를 거쳐야 하고, 회사지배권을 이전할 것을 목적으로 하는 전환사채 발행, 배정을 하여서는 아니 되며, 또한 각 주주에 대하여 그 인수권을 가지는 전환사채의 액, 발행가액, 전환의 조건, 전환으로 인하여 발행할 주식의 내용, 전환을 청구할 수 있는 기간과 일정한 기일까지 전환사채의 청약을 하지 아니하면 그 권리를 잃는다는 뜻을 통지하여야 한다.

특히, 전환가격을 정함에 있어서는 이전에 에버랜드의 주식이 거래된 사례 및 그 거래가격, 법인주주들이 에버랜드 주주의 가치에 대하여 평가한 사례 및 그 평가 근거 등을 검토하고, 전문회계법인, 감정기관 등 기업평가를 할 수 있는 객관적인 기관에 의뢰하여 회사의 자산가치, 내재가치 및 성장가능성 등을 고려한 에버랜드 주식의 실제가치를 평가하여 이루어진 적절한 전환가격을 적용할 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 공소외 5, 6은 위와 같은 임무에 위배하여, 에버랜드가 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성이 없는데도 비서실의 지시에 따라 1996. 10. 30. 용인시 포곡면 전대리 310에 있는 에버랜드의 회의실에서 전환사채 발행을 위한 이사회를 개최하여 17명의 이사 중 과반수에 미달하는 8명만이 참석한 상태에서, "권면총액 9,954,590,000원, 배정방식은 주주우선 배정 후 실권시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정, 전환가격 7,700원"을 주요 내용으로 하는 전환사채 발행 결의를 하였는바, 이와 같은 이사회의 권한범위 내의 사항이 아닌 사안에 대한 정족수 미달의 이사회 결의는 무효이므로, 더 이상 전환사채의 발행을 위한 절차에 나아가서는 아니 됨에도, 위 이사회 결의에 터잡아 전환사채 발행절차에 나아가 전환사채 배정기준일을 1996. 11. 14.로, 청약 및 납입일을 1996. 12. 3.로 정한 후 제일제당 주식회사를 제외한 주주들에게는 위와 같은 통지를 하지 아니한 채, 청약기일 만료 전에 에버랜드의 주주 26명 중 제일제당 주식회사를 제외한 나머지 25명이 인수권을 가지는 전환사채 발행 총액의 약 97%인 96억 6,181만 원 상당에 대하여 인수청약을 하지 않는 것으로 임의 확정하고 주주총회의 특별결의도 없이, 1996. 12. 3. 16:00경 위 에버랜드의 회의실에서 다시 이사회를 개최하여, 에버랜드 주식의 최소한의 실제가치인 85,000원 보다 현저히 낮게 정한 전환가격 7,700원으로 전환사채 합계 96억 6,181만 원 상당 중 이재용에게 48억 3,091만 원 상당을, 공소외 7, 8, 9에게 각 16억 1,030만 원 상당을 각 배정하는 결의를 하고, 이재용 남매로 하여금 1996. 12. 3. 17:00경 배정금액의 100%에 해당하는 청약증거금과 함께 청약하여 배정된 위 전환사채를 인수한 후 1996. 12. 17. 그 전환사채를 1주당 7,700원의 전환가격에 주식으로 각 전환하여 에버랜드 총 발행주식의 약 64%에 해당하는 합계 1,254,777주[이재용 627,390주(31.37%), 공소외 7, 8, 9 각 209,129주(각 10.46%)]를 취득하게 하였다.

이로 인하여 이재용 남매로 하여금 위 취득주식의 실제가치에 해당하는 106,656,045,000원(= 85,000원×1,254,777주)과 에버랜드에 납입한 전환사채 인수대금 9,661,810,000원의 차액인 96,994,235,000원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 에버랜드에게 같은 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 전환사채 발행의 경위 및 목적

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

- (1) 에버랜드는 1963. 12. 23.경 설립되어 관광객 이용 시설업, 조경업, 유통업 등의 영업을 하고 있는 삼성그룹의 계열사인 비상장 법인으로서, 이 사건 전환사채 발행 전 발행주식 총수는 707,200주, 액면가는 5,000원, 자본금은 35억 3,600만 원이었다.
 - (2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1994. 2. 28.부터 2005. 3. 31.까지 에버랜드의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 2는 1993. 10.경부터 1996. 12.경까지 삼성그룹 회장비서실장으로, 1994. 2. 28.부터 1997. 3. 5.까지 에버랜드의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 3은 1996. 8.경부터 비서실 차장으로, 1997. 1.경부터는 비서실장, 기업구조조정본부장을 거쳐 전략기획실장으로 근무하던 자이고, 피고인 5는 1993. 8.부터 1997. 12.까지 비서실 재무팀장으로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1990. 1.경부터 회장비서실 재무팀 과장, 차장, 부장을 거쳐 1997. 12.경부터 재무팀 이사, 재무팀장, 전략기획실 사장 등으로 근무하던 자이고, 공소외 5는 1993. 9.경부터 2002. 6.경까지 에버랜드의 대표이사로 근무하면서 에버랜드의 경영 전반을 총괄하는 업무에 종사하였으며, 공소외 6은 1993. 11.경부터 1997. 2.경까지 에버랜드의 상무이사인 경영지원실장으로 근무하면서 에버랜드의 자금조달계획을 수립, 집행하는 등의 업무에 종사하였다.
 - (3) 에버랜드는 1990년대에 들어서서 세계적인 수준의 테마파크로 도약하기 위한 계획을 세우고 노후화된 시설의 개·보수 및 캐리비안베이 등의 신규시설 건설을 위하여 대규모 투자를 실시하였는데, 특히 1995년 약 1,501억 원, 1996년 약 2,868억 원, 1997년 약 1,327억 원의 자금을 조달하여 집중적인 투자를 하였다.
- 위와 같은 투자금은 금융기관으로부터의 장·단기 차입, 회사채 발행 등으로 조달되었는데, 이로 인하여 이 사건 전환사채 발행 당시 2년 연속 적자를 나타냈고, 부채도 1996. 1.경 4,138억 원을 기록한 이후 꾸준히 증가하여 같은 해 11.경 약 7,411억 원에 이르렀다.
- (4) 그러나 에버랜드는 이 사건 전환사채의 발행 당시인 1996년 말을 기준으로 총자산 8,387억 원 상당, 자본총계 1,581억 원 상당에 이르렀고, 1996. 12. 31. 재무제표를 기준으로 기업어음에 관하여 한국기업평가 주식회사로부터 신용등급 A3+, 한국신용평가 주식회사로부터 신용등급 A3의 평가를 받는 등 매우 양호한 신용등급을 유지하고 있었으며, 1995년 일반 시장금리 수준인 11.98%에서 12.65% 사이의 금리로 300억 원의 회사채를, 1996. 6. 12. 대한보증보험의 보증을 받아 만기 3년, 표면금리 10%인 500억 원의 회사채를, 1997년경 금리 10.8%에서 12.64% 사이에서 1,300억 원의 회사채를 각 발행하였고, 이 사건 전환사채 발행 직전인 1996. 10.경부터 같은 해 11.경까지 사이에 삼성생명 주식회사로부터 370억 원의 장기차입금을 조달하기도 하는 등 금융기관으로부터 장·단기 차입 및 회사채 발행 등을 통하여 필요한 자금을 안정적으로 조달하였으므로, 당시 긴급하고 돌발적인 자금조달의 필요성은 없었다.
 - (5) 에버랜드는 1996. 5.경 1년 동안의 자금수지를 예상하면서 단자회사로부터 1996. 10.경 단기자금 518억 원, 1996. 11.경 단기자금 257억 원을 각 차용하여 은행에 대한 채무 각 10억 원 및 230억 원을 변제할 계획을 세우고 있었는데, 에버랜드의 단기차입금은 위와 같은 자금수지예상표가 작성될 무렵인 1996. 5.경 약 1,926억 원에서 이 사건 전환사채의 발행이 기획된 1996. 10.경 2,179억 원, 1996. 11.경 약 2,370억 원으로 전체 액수는 증가하였으나, 전체 차입금 중 단기차입금이 차지하는 비율은 1996. 4.경 83.54%, 1996. 5.경 77.58%, 1996. 10.경 67.35%, 1996. 11.경

69.17%로 오히려 하락하였다.

- (6) 에버랜드는 이 사건 전환사채 발행 이전 및 이후에 한 번도 전환사채의 발행방법으로 자금을 조달한 사실이 없을 뿐만 아니라 필요한 자금에 관하여 월 단위, 분기 단위, 연 단위 등으로 사전에 자금조달계획을 세워서 시행하여 왔는데, 이 사건 전환사채는 위와 같은 사전 자금조달계획 및 1996. 9. 25.경 작성된 '10월 월간 자금계획서'에도 전혀 발행이 예정되어 있지 않았다.
- (7) 그런데 공소외 6은 1996. 10.경 에버랜드의 노후화된 시설 개·보수 등을 위한 대규모의 자금소요로 차입금이 증가하여 약 3,200억 원에 이르고, 그 중 약 77%가 단기차입금이어서 저리의 장기 안정자금 확보가 시급하며, 에버랜드의 규모에 비하여 과소한 자본금(35억 3,600만 원)을 확충할 필요가 있다는 이유로 경영관리팀(팀장 박병주, 과장 이영춘)에 자금조달방안을 강구할 것을 지시하였다.
- (8) 경영관리팀에서는 공소외 6에게 당시의 시중금리 현황 및 향후 자금시장 전망, 국내 기업의 전환사채 발행 실례 등을 조사, 분석하고, 이를 기초로 증자, 사채 발행, 전환사채 발행의 장단점을 비교하여 그 중 전환사채의 발행이 주주 구성의 변동을 초래할 수 있는 단점이 있으나 기존주주와의 협의를 통하여 발행을 추진하되, 전환사채의 발행규모는 약 100억 원으로 하며, 전환을 대비할 경우의 자본금 관리 편의를 위하여 전환 후 액면가 기준 64억 6,400만 원을 증가시키는 금액을 전환가격으로 결정하고자 하고, 이 경우 전환가격은 7,700원, 발행물량은 1,292,800주가 적정하다고 보고하였다(1996. 10. 11. 자금조달방안 검토).
- (9) 공소외 5, 6 등은 1996. 10. 25. 위 보고서를 토대로 만들어진 '회사채 발행(제9회) 품의서'에 결재한 후 1996. 10. 30. 이를 이사회에 상정하였다.
- (10) 당시의 의사록에 의하면 에버랜드의 이사회에서 전환사채의 발행을 결의한 것으로 되어 있는데, 그 주요 내용은 다음과 같다.
- 사채의 종류 : 무기명식 이권부 무보증전환사채
 - 사채의 권면총액 : 9,954,590,000원
 - 사채의 발행가액의 총액 : 사채의 권면금액의 100%
 - 사채의 배정기준일 : 1996. 11. 14.
 - 사채 배정방법 : 주주 우선 배정 후 실권 시 이사회 결의에 의하여 제3자 배정
 - 각 사채권의 금액 : 일만 원 권, 일십만 원 권, 일백만 원 권, 일천만 원 권의 4종
 - 사채의 이율 : 사채 발행일부터 1999. 11. 29.까지 연 1%로 한다.
- 단, 사채 원금의 상환기일까지 전환권을 행사하지 않은 사채권자에 대한 보장수익률은 연 5% 복리로 한다.
- 원금 상환방법과 기한 : 사채원금의 112.61%에 해당하는 금액을 1999. 11. 29.에 일시에 상환한다.
- 단, 상환기일이 은행휴업일인 때에는 그 다음 영업일로 한다.
- 자금의 사용목적 : 시설자금
 - 전환에 관한 사항 : 각 사채 권면액의 100%를 전환가격으로 나눈 주식수를 전환 주식수로 하고 1주 미만의 단주는 주권 교부 시 현금으로 지급하되, 사채의 전환가격은 1주당 7,700원으로 한다.

- 전환에 따라 발행할 주식의 종류 : 기명식 보통주식
- 전환청구기간 : 사채발행 익일부터 상환기일 직전일까지로 한다.
- 전환청구를 받을 장소 : 에버랜드 경영관리팀

(11) 그런데 에버랜드의 정관에 의하면, 이사회는 이사 과반수의 출석과 출석이사 과반수의 결의에 의하도록 규정되어 있었고, 당시 에버랜드의 이사는 17명이었는데, 1996. 10. 30. 개최된 이사회 의사록에는 '공소외 5가 의장석에 착석하여 공소외 5, 6과 조현호 등을 포함한 9명의 이사가 출석하여 성원이 되었음을 선언한 뒤 의안을 심리하여 출석 이사 전원의 찬성으로 의결한 것'으로 기재한 후 이사들의 날인이 되어 있으나, 이사 중 조현호는 그 당시 외국 출장 중이어서 위 회의에 참석할 수 없었기 때문에, 이사회 의사록 기재만으로도 위 이사회 결의는 의결정족수가 미달된 상태에서 이루어진 것이다.

(12) 이 사건 전환사채 발행 당시 에버랜드의 법인주주들은 삼성그룹의 계열사이거나 계열사였다가 계열 분리된 8개 회사 및 1개 재단법인이고, 개인주주들은 삼성그룹의 회장 피고인 이건희를 비롯하여 대부분 삼성그룹 계열사의 전·현직 임직원들로 총 17명이었으며, 각 주주들에게 배정된 금액은 다음과 같다.

- 주식회사 중앙일보사 : 4,801,660,000원
- 제일모직 주식회사 : 1,407,610,000원
- 삼성물산 주식회사 : 520,780,000원
- 재단법인 삼성문화재단 : 309,960,000원
- 제일제당 주식회사 : 292,780,000원
- 한솔제지 주식회사 : 94,300,000원
- 한솔건설 주식회사 : 95,710,000원
- 한솔화학 주식회사 : 91,490,000원
- 주식회사 신세계백화점 : 22,520,000원
- 이건희 : 1,310,020,000원
- 나머지 개인주주들 합계 : 1,007,760,000원

(13) 제일제당은 해당 전환사채(발행사채총액의 2.94%) 인수에 대한 청약 의사를 표시하였으나, 제일제당을 제외한 나머지 법인 주주 및 개인 주주들은 전환사채 청약 만기일인 1996. 12. 3. 16:00까지도 해당 전환사채(97.06%)의 인수 청약을 하지 않았다.

(14) 공소외 5, 6은 1996. 12. 3. 16:00 무렵 이사회를 개최하여 인수청약이 없는 전환사채를 이건희의 장남인 이재용에게 4,830,910,000원 상당, 이건희의 딸들인 공소외 7, 8, 9에게 각 1,610,300,000원 상당을 각각 배정하기로 하는 내용의 안건을 상정하고, 당시 참석한 이사 9명 전원이 찬성하여 가결된 것으로 이사회 의사록에 기재되어 있다.

(15) 이재용 등은 배정 당일 17:00경 인수청약을 하고 17:23 인수대금을 납입하였다.

그 후 이재용, 공소외 7, 8, 9는 1996. 12. 17.에, 공소외 10은 제일제당으로부터 1996. 12. 11. 전환사채를 양수한 후 1997. 3.경에 각 전환권을 행사하였으며, 이에 따라 에버랜드의 주주 구성은 원심판결문 별지 '삼성 에버랜드 주주 구성 변동표' 기재와 같이 변경되었다.

(16) 한편, 그룹 비서실은 회장이 그룹을 전체적으로 통제하여 각 계열사들에 대하여 경영지배권을 행사하기 위한 지원 조직으로서 회장의 지시, 위임, 포괄적 위임에 따라 각 계열사에 대한 기획 및 조정업무를 총괄하였다.

계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 전환사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 에버랜드 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1996. 12. 3. 실권분 배정을 위한 이사회 개최 2-3일 전에 실권 확정된 전환사채를 이재용 남매 4인이 3:1:1:1의 비율로 인수하는 것으로 정하여 에버랜드에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 전환사채가 이재용 남매에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 전환사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 남매에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 당심의 직권판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 전환사채가 주주 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 원심의 앞서 본 법리에 따라 에버랜드 대표이사인 공소외 5와 공소외 6 등에게 당시의 주식가치를 고려하여 전환가격을 정하여야 할 임무가 있다고 볼 수 없고, 주주 배정절차에서 기존주주들이 인수권을 부여받고도 실권한 이상 에버랜드 지배구조변경 내지 기존주주의 주식가치 하락이라는 결과는 스스로 용인한 것으로서 그 주주의 손해를 에버랜드에 대한 배임죄로 의율하기 어려운 구조이므로, 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 5, 4에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 전환사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 전환사채가 공소사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 전환사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 에버랜드에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 에버랜드에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 위 피고인들에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 전환사채의 저가발행으로 인하여 에버랜드가 그 적정가격(시가)인 85,000원에서 전환사채 인수대금인 7,700원을 공제한 금액에 전환권의 행사로 발행된 신주 1,254,777주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 에버랜드 경영자가 전환사채를 발행함에 있어 그 전환가격을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금에 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 에버랜드에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도

810 판결 각 참조), 에버랜드가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 에버랜드의 경영자가 1,254,777주의 전환권이 인정된 전환사채를 그 당시 에버랜드 주식의 시가로 발행하여 이재용 남매나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 전환사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당하므로, 원심의 위와 같은 판단은 그 결론에 있어서 정당하다 할 것이다.

IV. 특별검사의 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하며, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로 재직하며, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이고, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기획실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였으며, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.

위 피고인들은 상호 및 순차로 공모하여 다음과 같은 행위를 하였다.

1999. 2.경 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이고, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높고, 1~2년 내에 코스닥 상장이 예정되어 있었는데, 삼성 SDS로 하여금 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하고 이재용 남매가 이를 인수하게 하여 이미 이재용 남매가 보유하고 있던 14.8%의 주식 지분과 합하여 1대 주주가 되게 함으로써 이재용 남매에게 삼성 SDS에 대한 경영지배권과, 나아가 시세차익이나 상장차익을 얻게 할 목적으로, 위 회사로 하여금 긴급한 자금이 필요하다는 명분을 내세워 사모 신주인수권부사채를 저가로 발행하게 하기로 하였다.

피고인 4는 1999. 2.경 공소외 11에게 위와 같은 신주인수권부사채 발행계획을 삼성 SDS에 전하도록 하는 한편, 자신은 구조조정본부장인 피고인 3에게 이를 보고하였고, 피고인 3은 그 즈음 피고인 이건희를 만나 위 계획을 보고하였는데, 피고인 이건희는 그러한 계획을 추진함은 물론, 이에 더하여 이재용 남매뿐만 아니라 피고인 3과 피고인

4도 그 신주인수권부사채의 인수인으로 동참할 것을 지시하였다.

한편, 피고인 7은 1999. 2.경 재무팀으로부터 이 사건 사모 신주인수권부사채의 발행 계획을 전달받은 후 바로 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달한다는 명목으로 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 구조조정본부 재무팀의 지시에 따라 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.

공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. '삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다'는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.

1999. 2. 22.경 피고인 4와 공소외 11이 당초 계획하였던 것과는 달리 피고인 이건희로부터 피고인 3과 피고인 4도 동참하라는 지시가 떨어졌고, 그 지시는 피고인 3, 4를 거쳐 그 시경 피고인 7, 6에게 순차로 전달되었는바, 공소외 12는 그 시경 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.

1999. 2. 당시 피고인 6은 삼성 SDS의 대표이사로서 그 회사의 경영 전반을 총괄하고 있었고, 피고인 7은 그 회사의 재무담당 임원(상무)으로서 재무에 관한 한 실질적인 책임을 지고 있었으므로, 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 결의하고 그 발행을 실행함에 있어 정관과 법령이 정한 바에 따라 정상적인 의사결정절차를 거쳐야 함은 물론, 그러한 사채를 발행할 필요성과 발행할 사채의 규모, 내용 등 실질적인 요건을 엄밀히 검토하고 합리적인 판단을 함으로써 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 할 임무를 부담하고 있었다.

1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익 증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었고. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였으며, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였고 영업이 활성화되어 가고 있었으므로 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다고 할 것이고, 가사 긴급자금 조달이 필요하였다고 하더라도 신주인수권부사채의 발행은 잠재적 신주발행과 같은

효과가 있으므로 피고인 6과 피고인 7로서는 신주인수권의 행사가격을 적정하게 책정함으로써 그러한 사채의 발행으로 회사가 얻을 수 있는 자본을 최대한 확보하여 자본의 충실을 꾀해야 하는 의무와 희석효과로 인한 주가하락이나 지배구조의 변동으로 인하여 회사와 주주들이 입게 될 손해를 미연에 방지해야 할 의무 및 주가로서 표상되는 회사의 가치를 보전해야 하는 의무를 부담하고 있으므로, 비상장회사인 삼성 SDS의 신주인수권 행사가격을 정함에 있어서 회사의 주식에 관한 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래의 실례가 있는 경우에는 그 거래가격을 시가로 보아 주식의 가액을 평가하여야 하고, 만약 그러한 거래사례가 없는 경우에는 보편적으로 인정되는 여러 평가 방법들을 고려하고 당해 사채의 발행 목적, 발행 당시 회사의 상황, 회사 업종의 특성 등 제반 사정을 종합적으로 검토하여 신주인수권의 행사가격을 적정하게 산정하여야 할 업무상 주의의무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인 6, 7 등은 그 임무에 위배하여, 삼성 SDS가 긴급한 자금을 필요로 하였는지 여부를 면밀히 검토해 보지 않고 오로지 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매와 피고인 3, 4로 하여금 저가로 인수하게 함으로써 제1대 주주였던 삼성전자 주식회사(29.9%)의 주식지분이 23.6%로 줄어드는 대신 이재용 남매의 지분 합계가 종래의 14.8%에서 25.4%로 증가하여 제1대 주주가 되게 할 의도로, 1999. 2. 25. 08:00~09:00 사이에 서울 강남구 역삼동 707-19 일옥빌딩 24층에 있는 삼성 SDS 본사 회의실에서 개최된 신주인수권부사채 발행을 위한 이사회에서, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.

사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다.

신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하고, 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 함께 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였으며, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였고, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였으며, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

피고인 6, 7 등 이사회에 참석한 이사들은 삼성 SDS의 주가를 산정함에 있어 삼성 SDS의 주식에 관한 정상적인 거래사례가 있는지, 그 거래사례에 나타난 가격이 정상적인 교환가치를 적정하게 반영하고 있는지 등은 전혀 고려하지 않은 채 당시 시행되고 있던 상속세 및 증여세법이 정한 보충적 평가방법에 따라 1999. 1. 1. 현재를 기준으로 평가한 가액에 약간의 지배주주 프리미엄을 얹어 신주인수권부사채의 행사가격을 주당 7,150원으로 결정하였는바, 삼성 SDS의 주가는 사채발행일에 근접한 1999. 2. 10.경부터 같은 해 3. 15.경까지의 기간 동안 1주당 53,000원 내지 60,000원 범위 내에서 안정되어 있었고 그 이후에도 그 거래가격이 지속적으로 상승하였으며, 1999. 2.을 전후하여 삼성 SDS의 주식 및 대형통신업체를 비롯한 비상장주식의 장외거래가가 급등하였고 삼성 SDS의 주가는 주당 58,000원까지 상승하였으며, 1998. 7.경부터 1999. 12.경까지 거래당사자 134명 사이에 2,572회에 걸쳐 501,997주가 거래되었고, 1998. 11. 29.부터 2000. 1. 15.까지의 기간 동안 불특정 다수인 사이에 309회에 걸쳐 총 58,056주의

거래가 이루어진 사실이 있었으며, 특히 1999. 2. 26.에는 삼성 SDS의 주식 303주가 1주당 55,000원에 거래된 적도 있었는데, 이들 거래사례에 나타난 주당 55,000원은 1999. 2. 당시의 삼성 SDS 주식의 객관적 교환가치가 적정하게 반영된 정상적인 거래에 의한 가격이었다.

결국 피고인 이건희, 피고인 6과 피고인 7은 각 삼성 SDS의 이사로서, 피고인 3은 감사로서 각 그 업무상의 임무에 위배하여, 나아가 피고인 이건희, 피고인 3, 4는 각 삼성그룹 회장, 구조조정본부장, 구조조정본부 재무팀장으로서 삼성 SDS의 이사회가 개최되기 전에 이 사건 신주인수권부사채의 발행을 함께 계획하고, 최종 인수인을 지정하거나 스스로 인수인이 되어 이 사건 사채의 상당 부분을 직접 인수하기까지 함으로써 피고인 6 등 삼성 SDS의 이사들의 업무상 배임행위에 적극 가담하여, 이 사건 신주인수권부사채를 적정한 가격에 현저히 미치지 못하는 가격으로 위 인수인들에게 넘겨줌으로써 그들에게 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득할 수 있는 권리를 부여하여, 그 결과 그들이 신주인수권을 모두 행사할 경우 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하면 32.9%가 되고, 그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 되어 이재용 남매가 제1대 주주로 부상하게 함으로써 이재용 남매로 하여금 삼성 SDS의 경영지배권을 확보하게 하고, 동시에 이재용에게 31,453,814,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 657,342\text{주}\}$, 공소외 7, 8, 9에게 각 22,753,823,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 475,524\text{주}\}$, 피고인 3에게 36,138,425,400원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 755,244\text{주}\}$, 피고인 4에게 18,069,212,700원 $\{=(55,000\text{원}-7,150\text{원}) \times 337,762\text{주}\}$ 등 합계 금 153,922,923,000원의 재산상 이익을 취득하게 하고, 삼성 SDS에게 그 금액 상당의 손해를 가하였다.

2. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위 및 목적

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

가. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 경위

(1) 삼성 SDS는 '시스템 통합구축 서비스의 판매, 컴퓨터를 이용한 정보처리 및 정보통신 서비스의 제공, 소프트웨어 개발·판매 등 컴퓨터운용과 통신 및 인터넷 관련사업'을 목적으로 1986. 5. 1. 설립되었고, 1998. 12. 31. 현재 발행주식 총수 1,200만주, 자본금 600억 원이며, 주주는 삼성전자 주식회사(29.9%), 삼성물산 주식회사(25.3%), 삼성전기 주식회사(11.7%), 우리사주조합(18.3%), 이재용(7.3%), 공소외 7(2.5%), 공소외 8(2.5%), 공소외 9(2.5%) 등으로 구성되어 있는 회사로서, 삼성그룹 주요 계열사들의 전산실을 위탁받아 관리하고 있어 정보관리 및 보안의 측면에서 삼성그룹 내에서 중요한 회사이고, 삼성그룹이 강조하고 있던 정보인프라 및 시스템 구축사업을 담당하고 있어 장래 그룹 내에서의 위상이 더욱 높아질 것이 분명한데다가 1998년 이래 영업실적이 급속히 향상되어 성장가능성과 수익성이 매우 높은 회사이었다.

(2) 피고인 이건희는 1987. 12. 1.부터 대기업집단인 삼성그룹의 회장으로 재직하면서, 1998. 3. 27.부터 2000. 3. 18.까지 삼성 SDS의 이사로 근무하던 자이고, 피고인 3은 1998. 4.경부터 2006. 3.경까지 삼성그룹 기업구조조정본부장을 거쳐 2006. 3.경부터 전략기획실장으로, 1997. 3. 18.부터 2000. 3. 18.까지는 삼성 SDS의 감사로 근무하던 자이며, 피고인 4는 1998. 4.경부터 2004. 1.경까지 기업구조조정본부 재무팀장, 이후에는 기업구조조정본부 차장, 전략기

확실 사장으로 근무하던 자이고, 피고인 6은 1998. 12. 28.부터 2003. 2. 28.까지 삼성 SDS의 대표이사로 근무하던 자이며, 피고인 7은 1997. 1.경부터 2003. 2.경까지 삼성 SDS 경영지원실장으로 근무하였고, 이후에는 삼성 SDS 미국법인장 겸 미주구주총괄로 근무하는 자이다.

- (3) 피고인 7은 1999. 2.경 삼성 SDS의 경영지원실 재경팀장 공소외 13과 재경팀 자금담당 대리 공소외 12에게 회사의 자금 사정에 관한 자료를 수집하여 긴급한 시설자금을 조달하기 위하여 사모 신주인수권부사채를 발행하는 것이 필요하다는 취지로 기안을 하도록 지시하는 한편, 그 달 중순경 대표이사인 피고인 6에게 사모 신주인수권부사채를 발행하게 된 경위를 보고하였다.
- (4) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 19. "삼성 SDS가 시스템매니지먼트사업(SM사업)을 위한 자금과 CP 및 회사채의 상환을 위한 자금을 미리 확보할 필요가 있고, 2월 말까지 긴급히 확보해야 하는 자금의 규모는 최소한 590억 원이며, 그 중 300억 원은 사모 신주인수권부사채를 발행하여 조달하고 나머지 290억 원은 공모회사채로 조달하는 것이 유리하다"는 내용의 '1/4분기 긴급자금조달계획'을 작성하여 1999. 2. 20. 공소외 13과 피고인 7의 결재를 받았고, 그 과정에서 공소외 12는 신주인수권의 행사가격을 정하기 위한 기준을 마련하기 위하여 1999. 2. 중순경 삼일회계법인에 삼성 SDS의 주식에 대한 평가를 의뢰하면서 상속세 및 증여세법에 따라 평가할 것을 요청하여 두었다.
- (5) 공소외 12는 피고인 7의 지시에 따라 1999. 2. 23. 발행사채의 규모를 인수예정자들인 이재용 남매와 피고인 3, 4 등 6인의 자금규모에 맞추어 230억 원의 사모 신주인수권부사채를 분리형으로 발행할 필요가 있다는 내용으로 당초의 자금규모를 수정하여 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 확정, 그 해 2. 24. 피고인 7의 결재를 받았다.
- (6) 1999. 2. 당시 삼성 SDS는 1998년부터 수익성이 크게 향상되어 그 해의 당기순이익은 200억 원에 이르렀고, 경상이익증가율은 약 309.9%를 기록하였으며, 부채는 1997년도 말에 비하여 477억 원이 줄었고, 자기자본이 140억 원 증가하여 자기자본 비율이 14.7%에서 18.5%로 개선되었으며. 부채비율도 578%에서 439%로 감소하였고, 총자본 대비 경상이익률은 전기의 1.77%에서 2.08%로, 자기자본 대비 순이익률은 전기의 11.80%에서 42.89%로, 매출액 대비 순이익률은 전기의 0.94%에서 2.08%로 대폭 증가하는 등 당시 삼성 SDS의 재무상황은 매우 양호하였으며, 영업이 활성화되어 가고 있었으므로, 통상적인 정도의 자금수요는 있었을지언정 긴급자금이 필요한 상황에 처해 있지는 않았다.
- (7) 피고인 6, 7 등은 1999. 2. 25. 위 '사모 신주인수권부사채 발행(안)'을 이사회에 상정하였는데, 그 이사회에서는, "1999. 2. 26. 권면액 230억 원의 무보증 신주인수권부사채를 사모의 방법으로 발행하되, 이자율은 연 8%로 하고, 에스케이증권 주식회사가 총액인수 하도록 한다.
- 사채의 상환은 만기에 일시 상환하도록 하며, 인수회사는 이를 사채권과 신주인수권으로 분리하여 처분할 수 있다. 신주인수권의 행사가격은 사채 전액에 대하여 기명식 보통주식 1주당 7,150원으로 한다. 신주인수권의 행사기간은 사채발행 후 1년이 경과한 날로부터 상환기일 전일까지로 한다.

"는 요지로 신주인수권부사채를 발행할 것을 결의하였다.

(8) 삼성 SDS는 그 다음날인 2. 26. 합계 권면액 230억 원의 신주인수권부사채를 발행하였고, 에스케이증권 주식회사(이하 'SK증권'이라 한다)는 같은 날 삼성 SDS로부터 그 사채를 금 230억 원에 총액 인수한 다음, 사채권과 신주인수권증권으로 분리하여 사채권은 금 21,820,100,000원에 중간 인수자로 예정되어 있던 삼성증권 주식회사에게 매도하였으며, 삼성증권은 같은 날 이를 수수료 없이 같은 값으로 이재용, 공소외 7, 8, 9, 피고인 3, 4에게 양도하였고, 신주인수권증권은 SK증권이 직접 위 이재용 등 6인에게 합계 금 11억 7,990만 원에 양도하였다.

(9) 그 후 이재용 등은 이 사건 신주인수권을 행사하여 삼성 SDS의 주식 총 3,216,780주(이재용 657,342주, 공소외 7, 8, 9는 각 475,524주, 피고인 3은 755,244주, 피고인 4 337,762주)를 주당 7,150원에 취득하였는데, 그 결과 삼성 SDS의 발행주식의 21.1%를 취득하게 되어 종래 이재용 남매가 가지고 있던 주식지분 14.8%와 합하여 32.9%(그 중 이재용 남매의 지분만 하더라도 합계 25.4%가 된다)의 주식지분을 취득함으로써 제1대 주주로 되었다.

(10) 한편, 계열사 자체의 지배구조 변동이나 이로 인하여 상호 혹은 순환출자관계에 있는 계열사 사이의 지배구조에 변동을 초래할 수 있는 증자, 전환사채, 신주인수권부사채 등의 발행에 대한 감시 및 감독 업무는 비서실 재무팀의 중요한 임무이었고, 이런 업무는 각 계열사 경영지원실장 등 임원들이 비서실과 협의 후에 결정하였다.

이 사건 신주인수권부사채의 발행도 그룹 비서실 임원들(회장 포함)과 삼성 SDS 임원들 사이의 긴밀한 협의하에 진행되었는데, 비서실 재무팀은 1999. 2. 22.경 이 사건 신주인수권부사채를 이재용 남매 4인 및 피고인 3, 4 등 6인이 인수하는 것으로 정하여 삼성 SDS에게 통보하였으며, 이에 따라 이 사건 신주인수권부사채가 이재용 등 6인에게 배정되었던 것이다.

나. 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적

위 인정 사실을 종합하여 보면, 이 사건 신주인수권부전환사채의 발행 목적은 자금을 조달하는 데에 있었던 것이 아니라 증여세 등 조세를 회피하면서 이재용 등에게 회사의 지배권을 이전하는 데에 있었다고 할 것이다.

3. 직권 판단

특별검사의 항소이유들에 대하여 판단하기에 앞서 직권으로 살핀다.

원심은, 이 사건 신주인수권부사채가 제3자 배정방식으로 발행되었다고 본 후, 그 신주인수권 행사가액이 적정가격보다 저가로 발행된 결과, 원심의 앞서 본 법리에 따라 삼성 SDS가 손해를 입었지만, 그 손해액이 5억은 넘으나 50억 이 넘지 않는다고 하면서 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호 위반으로 의율한 이 부분 공소사실은 무죄이고, 다만 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호의 죄만 논할 수 있을 뿐인데, 이는 법정형이 '3년 이상의 유기징역'이므로, 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제 249조 제1항 제3호에 따라 공소시효가 7년이며, 그 기수시기는 이 사건 신주인수권부사채를 발행한 때인 1999. 2. 26.이고, 따라서 특별검사의 공소는 그로부터 7년이 경과하였음이 역수상 명백한 2008. 4. 17.에 제기되었으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다고 판단하였다.

그러나 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 앞서 본 법리에 의하면, 이 사건 신주인수권부사채가 공소 사실의 기재와 같이 적정가격보다 저가로 발행되었다고 하더라도, 이 사건과 같이 자금을 조달하는 목적이 아니라 조세를 회피하면서 회사의 지배권 이전을 목적으로 하는 신주인수권부사채의 저가발행에 있어서는 주주 배정방식의 발행의 경우이든, 제3자 배정방식의 발행의 경우이든 회사인 삼성 SDS에게 공소사실 기재와 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없으므로, 삼성 SDS에게 그와 같은 손해가 발생하였음을 전제로 한 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다고 할 것이다.

특별검사는 이 사건 신주인수권부사채의 저가발행으로 인하여 삼성 SDS가 그 적정가격(시가)인 55,000원에서 그 신주인수권의 행사가액인 7,150원을 공제한 금액에 신주인수권의 행사로 발행된 신주 3,216,780주를 곱한 금액 상당의 소극적 손해를 입었다고 주장하므로 살피건대, 앞서 본 바와 같이 삼성 SDS 경영자가 이 사건 신주인수권부사채를 발행함에 있어 그 행사가액을 적정가격보다 저가로 정하는 바람에 출자금이 적정가격에 의하여 발행하는 경우보다 적게 납입되었다 하더라도, 이로 인하여 삼성 SDS에게 특별검사 주장과 같은 손해가 발생하였다고 볼 수는 없을 뿐만 아니라, 업무상배임죄에 있어서의 손해에는 기존재산이 감소하는 적극적 손해와 장차 취득할 것이 기대되는 이익을 얻지 못하는 소극적 손해도 포함됨은 특별검사의 주장과 같으나(대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 각 참조), 삼성 SDS가 위와 같은 소극적 손해를 입었다고 인정되기 위하여는 삼성 SDS의 경영자가 3,216,780주의 신주인수권이 부여된 신주인수권부사채를 그 당시 삼성SDS 주식의 시가로 발행하여 이재용 등이나 제3자가 이를 인수하였을 개연성이 인정되어야 할 것인데, 이 사건 신주인수권부사채의 발행 목적 등에 비추어 특별검사가 제출한 증거들만으로 이를 인정하기에 부족하므로 특별검사의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

따라서 원심의 위와 같은 판단은 신주인수권부사채의 저가발행으로 인한 손해에 관한 법리를 오해한 위법을 범한 것으로서, 특별검사의 항소이유들이 모두 받아들여진다고 하더라도 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하므로, 이 부분 원심판결은 그대로 유지될 수 없다고 할 것이다.

V. 피고인 및 특별검사의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 관한 각 항소이유에 대한 판단

1. 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희는 삼성전자, 삼성전기, 삼성화재해상보험 주식회사, 삼성에스디아이(SDI) 주식회사, 삼성증권, 에스원, 삼성물산의 주식을 친족 기타 특수관계인과 함께 3% 이상 소유하거나 회사별 소유 주식의 시가총액이 각 100억 원 이상인 대주주로서 피고인 3, 4 등에 대한 지휘·감독자이고, 피고인 3은 이건희의 개인재산 관리업무에 대한 지휘·감독자이며, 피고인 4는 위 업무를 전담하는 망 공소외 11, 14에 대한 직접 또는 상위의 지휘·감독자, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 구조조정본부 재무팀장으로서 망 공소외 11, 14의 위 업무에 대한 직접적인 지휘·감독자인바, 순차 공모하여,

2000. 1. 1.부터 2000. 12. 31. 사이에, 망 공소외 11이 차명계좌를 통하여 이건희의 재산을 관리하던 중 당시 삼성그룹 직원이었던 공소외 김승언을 포함하여 모두 25명의 31개 차명 증권위탁계좌를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식

28,526주, 삼성전기 주식 11,150주, 삼성화재 주식 19,260주, 삼성SDI 주식 2,200주, 에스원 주식 6,490주 합계 67,626주를 매도하여 6,668,753,956원 상당의 양도차익이 발생하였으므로, 위 금원에 대한 양도소득세 과세표준 신고를 확정 신고기한인 2001. 5. 31.까지 관할 세무서인 용산세무서에 하여야 함에도 불구하고, 해당 주식거래를 납세 의무자 이건희 본인이 아닌 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 계좌 내에서 거래함으로써 세무당국에 포착되기 어렵게 하고 그 주식거래로 인한 소득을 신고하지 아니하여 과세관청이 양도소득세 과세표준을 결정할 수 없도록 함으로써 사기 기타 부정한 행위로써 위 양도차익에 대한 양도소득세 1,333,316,489원을 포탈한 것을 비롯하여 공소장 별지 1 범죄일람표 기재와 같이 2000년부터 2006년 사이에 삼성그룹 전·현직 임원 258명 명의의 차명 증권위탁계좌 341개를 통해 이건희 소유의 삼성전자 주식 1,329,031주, 삼성물산 주식 36,947주, 삼성전기 주식 215,229주, 삼성증권 주식 71,148주, 삼성화재 주식 66,144주, 삼성SDI 주식 65,536주, 에스원 주식 287,403주 합계 2,071,438주를 매도하여 564,346,083,082원의 양도차익이 발생하였음에도 각 주식을 매도한 해의 다음해 5. 31.까지 이에 대한 소득을 신고하지 아니하고 사기 기타 부정한 행위로써 양도소득세 112,870,008,581원을 포탈하였다.

2. 원심의 판단

가. 관련 법령과 법리

- (1) 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호는, 소득세의 경우 '사기 기타 부정한 행위'로써 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 포탈세액의 3배 이하에 상당하는 벌금에 처한다고 규정한다.

그리고 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항 제1호는, 그 중에서도 포탈세액 등이 연간 10억 원 이상인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다고 규정하고, 같은 조 제2항은 이 경우 그 포탈세액 등의 2배 이상 5배 이하에 상당하는 벌금을 병과하도록 되어 있다.

조세의 탈루가 고의로 부정한 행위에 의하여 이루어진 경우에는 국가의 과세권을 침해하고 국민의 조세평등을 해치는 반사회적인 범죄행위이므로, 그러한 요건에 해당하지 않는 조세회피행위와 구별하여 형사처벌까지 가하는 것이다.

따라서 조세포탈죄를 유죄로 인정하기 위해서는, 납세의무자가 사기 기타 부정한 행위에 의하여 조세채권에 대한 포탈의 결과를 발생하게 하여야 하며, 그에 대한 고의가 있었다는 점도 증명되어야 한다.

- (2) 그런데 원래 소득세법상 상장주식의 양도로 인한 소득에 대하여는 양도소득세 납세의무가 없는 것이지만, 일정한 범위의 대주주에 대해서는 주식의 양도소득에 대하여 납세의무가 있다.

즉, 소득세법이 1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정되면서 증권거래소에 상장된 주식 또는 출자지분으로서 대통령령이 정하는 것의 양도로 인하여 발생하는 소득을 양도소득세 과세대상에 포함하도록 하는 제94조 제3호(이하 '이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정'이라 한다)가 신설되고, 이에 따라 소득세법 시행령 제157조가 1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정됨으로써 '주권상장법인의 주식 등의 합계액 중 5% 이상에 해당하는 주식 등을 소유하고 있는 주주 또는 출자자 1인 및 그와 국세기본법 시행령 제20조의 규정에 의한 친족 기타 특수관계에 있는 자가 당해 법인의 주식 등의 합계액의 1% 이상(3년간 합산하여)을 양도하는 경우' 양도소득세 납세의무가 발생하게 되었다(1999. 1. 1.부터 각 시행).

한편, 위 소득세법 시행령 제157조가 1999. 12. 31. 대통령령 제16664호로 개정됨으로써 대주주의 범위에 대한 요건이 달라졌는데, '④ 주권상장법인의 주주 또는 출자자 1인 및 그 친족 기타 특수관계에 있는 자가 양도일 직전사업연도 종료일 현재 당해 법인의 주식 등의 합계액의 3% 이상을 소유한 경우 또는 ② 양도일 직전사업연도 종료일 현재 소유하는 당해 법인 주식 등의 시가총액이 100억 원 이상인 경우'이다(2000. 1. 1.부터 시행).

(3) 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려서 사용하였다 하여 그 차명계좌 이용행위 한 가지만으로 구체적 행위의 동기와 경위 등의 사정을 떠나서 어느 경우에도 관련 소득의 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니지만, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정상 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유라는 사실이 드러나는지 여부가 피고인 이건희의 양도소득세 납세의무의 존부를 결정짓는 요소인 것이므로, 과세대상의 무신고와 아울러 여러 개의 차명계좌에 분산 입금(입고)하거나 순차 다른 차명계좌에 입금(입고)을 반복하는 행위, 현금 등 지급수단의 교환반복행위 등과 같이 차명계좌의 재산이 피고인 이건희의 소유인 사실을 감추려는 적극적 의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 양도소득세의 부과징수를 불가능하게 하거나 또는 현저히 곤란하게 할 정도의 부정한 행위가 있는 것으로 보아야 한다.

나. 판단의 전제사실

앞서 거시한 증거들에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

(1) 차명으로 주식을 취득하게 된 경위

이 사건 공소제기된 피고인 이건희의 차명 증권위탁계좌의 주식은, 위 피고인이 1987년 선대회장 망 이병철로부터 차명계좌 상태로 상속받은 주식과 그밖에 주주배당금 등 위 피고인 소유의 자금으로 주식을 매입한 것, 망 이병철로부터 가·차명예금 등의 형태로 상속받은 금원으로써 매입한 주식이 있다(피고인들의 진술에 의함. 이에 대하여 특별검사의 탄핵이 없으므로 그대로 판단의 전제사실로 삼는다).

(2) 차명계좌 관리 상황

피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 공소외 14가 특별검사에게 제출한 차명계좌는 404명 명의의 활동성계좌 1,042개(약 4조 5,370억 원 상당)와 폐쇄계좌 152개이고, 이를 포함하여 확인된 차명계좌가 대략 486명 명의의 1,199개에 이른다.

이 중 증권위탁계좌는 활동계좌 595개와 폐쇄계좌 119개의 합계 714개이며, 위 714개의 증권계좌 중 2000년부터 2006년까지 사이에 주식을 매도한 거래가 있었던 증권계좌인 258명 명의의 341개 계좌에 대하여 이 사건 공소가 제기되었다(위 활동계좌 595개 중 해당 매도거래가 없는 계좌를 제외한 나머지 180명 명의의 234개 계좌와, 위 폐쇄계좌 119개 중 89명 명의의 107개 계좌의 합계 341개).

삼성그룹 비서실, 구조조정본부 또는 전략기획실에는 피고인 이건희의 개인재산을 관리하는 전담 직원이 있었는데 이 사건 해당 기간에는 망 공소외 11과 공소외 14가 금융시장 동향분석, 공기업무와 함께 위 개인재산 관리업무를 담당하였다.

공소외 11의 후임자인 공소외 14는 2003. 10.경 공소외 11로부터 피고인 이건희의 재산관리에 필요한 컴퓨터 파일 형태의 자료와 통장 및 카드를 임시로 교부받고 금고 등 개인재산 관리업무를 부분적으로 맡게 되었고, 공소외 11이 사망하기 직전인 2005. 7. 정식으로 관리업무를 인계받았다.

위 컴퓨터 파일자료에는 차명을 제공한 명의자들의 인적사항, 금융기관의 명칭, 금융상품의 종류와 금액, 증권위탁계좌의 주식의 종목별 수량 등이 정리되어 있다.

망 공소외 11과 공소외 14는 명의자의 퇴직 등으로 인하여 기존 차명계좌의 사용이 곤란해질 것으로 예상되거나 곤란해진 경우에 해당 계좌의 주식을 매도하여 현금으로 인출하고, 새로이 다른 명의로 개설한 차명계좌나 기존의 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하였다.

고액권 수표로 인출된 후 수표를 오랫동안 사용하지 않고 그대로 보관하고 있는 액수도 다액에 이른다.

또한, 유상증자가 시행되는 경우에 인수자금부족으로 신주인수를 포기하기보다는 신주를 시가보다 낮게 인수하는 것이 유리하다는 점에서 신주인수대금을 마련하기 위하여 기존 보유주식을 매각하기도 하였는데, 이는 대부분 1998년과 1999년에 이루어졌고, 2000년(2000년 이후 매도분만 공소제기됨) 이후에는 2000. 1. 삼성화재의 유상증자에 참여하기 위하여 소량의 주식을 매도한 사례가 있을 뿐이다.

(3) 보고체계 등

피고인 이건희의 개인재산 관리업무는 재무팀장인 피고인 4와 그 후임자인 피고인 8 내지 실무전담직원인 망 공소외 11과 그 후임자인 공소외 14에게 위임되어 있었고, 피고인 3은 개인재산 관리업무에 대하여 전반적인 지휘감독자, 피고인 4 및 피고인 8은 차상위 지휘감독자의 지위에 있었다.

피고인 4는 피고인 이건희에게 통상 2~3년에 한번씩 이 사건 차명계좌를 포함하는 전체 재산현황을 간략히 보고하였다.

다.

판 단

(1) 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (유죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8에 대한 2000년 내지 2006년 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 유죄 부분 기재와 같은 1999. 1. 1. 이후 취득한 주식에 대한 각 과세연도별 상장주식 양도소득세포탈 부분을 본다.

위 인정 사실에 의하면, ① 피고인 이건희의 개인재산을 관리를 담당하였던 망 공소외 11과 공소외 14는 주로 삼성그룹 전·현직 임직원의 명의로 차명계좌를 개설하여 사용하였고, ② 천 개가 넘는 많은 차명계좌들을 사용하여 피고인 이건희의 소유인 주식, 현금, 채권 등을 분산해 놓았으며, ③ 하나의 차명계좌에서 다른 차명계좌로 재산을 이전할 때에는 과세관청의 추적이 불가능하도록 수표나 계좌이체가 아닌 현금 출금의 방법만을 취하였다.

그렇다면 망 공소외 11과 공소외 14가 위와 같이 다수의 분산된 차명계좌로 주식을 취득하고 매도하는 거래를 하고도 그 양도소득을 신고하지 아니한 행위는, 세무공무원이 위 차명계좌의 주식이 모두 대주주인 피고인 이건희의 소유로서 양도소득 과세대상에 해당함을 발견하는 것을 불능 또는 현저히 곤란하게 하였다고 인정된다.

(나) 변호인의 주장에 대한 판단

피고인들과 변호인은 비록 차명계좌를 이용하였다고 하더라도 구체적 행위의 동기와 경위에 비추어 '사기 기타 부정한 행위'가 아니라고 주장한다.

즉, ① 경영권 방어 목적에서 차명으로 주식을 보유하게 되었으며 차익거래를 통한 재산증식의 목적도 없었기 때문에 차명계좌를 보유하게 된 동기와 경위에 있어서 조세포탈과 무관하다는 것과, ② 차명계좌의 주식을 양도한 것은 명의자의 퇴직이나 사망 등으로 새로운 명의자의 계좌로 교체하는 경우 및 유상증자가 있을 때 신주인수대금을 마련하려는 경우가 있었을 뿐이므로 주식 매도를 통해서 소득을 올리려는 의사 자체가 없어 단순한 차명계좌의 보유 외에 적극적인 소득은닉행위가 없다는 것이다.

살피건대, 삼성전자 등 계열사 주식을 빈번하게 매매함으로써 양도차익으로 재산을 증식하기 위하여 차명계좌에 그 재산을 은닉한다는 의도가 있었다고 볼 만한 증거나 객관적 정황은 존재하지 아니하며, 변호인의 위 주장을 뒷받침할 자료가 충분히 제출되지는 아니하였으나 그와 같은 구체적 행위의 동기와 경위를 참작할 여지가 전혀 없는 것은 아니다.

그러나 망 공소외 11, 공소외 14는 매우 많은 차명계좌들을 운용하면서, 어느 차명계좌로부터 금원을 인출하여 소비하거나 새로운 계좌에 입금할 필요가 있을 때에는 그 액수가 고액이더라도 대부분 현금출금 등의 방법을 통함으로써 자금추적을 곤란하게 하고, 배당금수령액을 수표로 출금한 경우에는 동일 명의인의 계좌에만 입금하거나 사용하지 않고 금고에 장기보관하는 등 과세관청으로 하여금 차명계좌들의 상호 연관성을 발견하기 곤란하게 하였던 사정, 기존 명의자의 차명계좌를 더 이상 사용하지 아니할 경우에는 그 명의자 계좌의 주식을 모두 매도하고 현금으로 전액출금한 다음에 신규 또는 기존의 다른 차명계좌에 위 현금을 입금하여 주식을 매입하는 방법에 의하였던 사정(변호인 제출의 2008. 6. 24.자 변론요지서에 첨부된 원심판결문 별첨 3 '매도·매수 연결계좌' 내역은 이러한 사실인정을 뒷받침한다) 등을 종합하여 보면, 위와 같은 행위는 다수 차명계좌의 주식이 모두 피고인 이건희의 소유인 사실을 발견하기 매우 곤란하게 하는 사회통념상 부정한 행위로서 적극적 은닉의도가 현저하므로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다.

(다) 조세포탈의 고의

피고인 이건희 등이 상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

(라) 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식에 관한 양도소득세 부분

변호인은, 1999. 12. 31.자 대통령령 제16664호 개정 소득세법 시행령이 시행되기 이전에는 피고인 이건희가 대주주 요건에 해당하여 상장주식 양도소득세 납세의무가 있는지 여부가 불분명하였으므로, 1999. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 주식의 양도로 인한 연도별 소득세 합계 13,079,223,470원 부분에 대해서는 조세포탈의 범의가 없다고 주장한다.

살피건대, 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정은 대주주의 주식거래에 대하여 양도소득세를 부과하는 취지로 신설된 것이고, 피고인 이건희가 삼성전자 등 계열사의 대주주임이 명백한 이상, 피고인들은 적어도 1999. 1. 1. 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 시행된 때부터는 장차 피고인 이건희 소유의 주식을 매도하는 양도소득에 대하여 소득세납세의무가 발생할 것이라고 예견할 수 있었다고 할 것이다(양도소득세 부과요건에 해당한다는 점만 인

식하면 충분하지, 그 양도 이후에야 확정될 세액 등에 대하여 구체적으로 인식할 것을 요하지 아니한다).

(마) 공동정범 성립

앞서 본 바와 같은 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 지위와 이건희 개인재산 관리업무에 있어서의 역할, 관리상황에 대한 보고 경위 등에 비추어 보면 피고인 3, 4, 8은 상피고인 이건희와 사이에 공동정범 관계가 있었다고 인정된다.

(바) 소결론

그렇다면 원심판시 범죄사실 제1항과 같이 피고인 이건희가 차명계좌를 통하여 1999. 1. 1. 이후에 취득한 주식을 그 후 양도함으로써 얻은 양도차익에 대한 각 과세연도별 소득세 합계 46,561,789,308원 부분은 위 피고인들의 조세포탈죄 공동정범이 성립한다.

(2) 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 (무죄)

(가) 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년 내지 2006년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 취득한 이건희 소유의 주식을 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로서 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 무죄 부분 기재와 같은 각 연도별 양도소득세를 합계 65,649,063,467원 상당(다만, 피고인 8은 1998. 12. 31. 이전 취득주식에 대한 2004년 내지 2006년의 연도별 양도소득세 합계 50,106,684,159원 상당) 포탈하였다는 부분을 본다.

(나) 헌법 제38조는 "모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다"고 규정하고, 제59조는 "조세의 종목과 세율은 법률로 정한다"고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있는데, 이는 납세의무가 존재하지 않았던 과거로 소급하여 과세하는 입법을 금지하는 원칙을 포함하며, 이러한 소급과세금지 원칙은 조세법률관계에 있어서 법적 안정성을 보장하고 납세자의 신뢰보호에 기여한다.

특히, 조세형사법의 운용에 있어서는, 법 시행 당시의 행위와 사실만이 적용대상이 되고 그 시행 이전에 완결된 행위와 사실에는 원칙적으로 적용이 없다고 하는 죄형법정주의에 따른 형벌불소급의 원칙이 함께 적용되어야 한다.

(다) 차명계좌의 사용이 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 하려면, 주식을 매도할 때 계좌에 입금되는 그 매도대금이 차명계좌를 통하여 은닉된다는 결과를 적극적으로 의도하는 것이어야 하므로, 원칙적으로 주식을 차명계좌에 매수·입고하는 행위가 있어야 한다.

그런데 피고인 이건희가 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌를 통하여 주식을 취득할 당시에는 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정이 아직 신설되지 아니한 상태여서 대주주의 주식양도로 인한 양도소득세의 납세의무에 대하여 전혀 예견할 수 없었고 동 규정 시행 이후에는 그 주식을 차명계좌에 보유하다가 매도하는 행위가 있었을 뿐이므로, 양도소득세 과세대상에 해당하는 점과는 별도로 조세포탈죄의 사기 기타 부정한 행위라고 볼 수 없다.

다만, 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식에 대하여 만약 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 새롭게 조세포탈 의도가 분명히 드러나는 적극적인 은닉행위가 있는 경우에는, 사기 기타 부정한 행위에 해당할 가능성이 전적으로 배제되는 것은 아닐 것이다.

그러나 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌에 주식을 입고하여 그 소유관계를 은닉하는 행위가 완결되어 있고, 이 사건 상장 주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이후에 위 주식에 관하여는 배당금수령, 주식매도, 현금인출 등과 계좌폐쇄 행위가 있었을 뿐인데 이것은 이 사건 상장주식 양도소득세 과세 규정의 시행 이전에 만들어진 차명계좌를 계속 보유하면서 관리하는 차원으로 볼 수 있어서 그것만으로는 적극적 은닉행위에 해당한다고 할 수 없다(차명계좌를 해소하지 아니한 부작위라 해도 마찬가지이다).

(라) 특별검사의 주장에 대한 판단

이와 달리, 각 계좌마다 계속적으로 동일 주식의 매도와 매수를 반복한 경우가 대부분이라고 하는 특별검사의 주장을 보건대, 이는 주가의 등락시마다 매수·매도를 통해 시세차익을 올려 재산을 증식할 목적이므로 조세포탈 의도가 있었다고 주장하는 취지로 선해할 수 있지만, 그러한 사실관계에 대하여 아무런 증거가 없다(변호인 제출의 계좌 거래 내역, 주가추이, 회사공시자료 등에 비추어 보면 그러한 정황은 없는 것으로 보인다).

(마) 소결론

그렇다면 각 연도별 조세포탈의 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전에 차명계좌로 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

(3) 면소 선고 부분

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 이건희, 피고인 3, 4의 2000년, 2001년의 각 과세연도별 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실의 요지는 위 피고인들이 공모하여 삼성그룹 계열사 임원 등의 명의를 차용하여 개설한 다수의 증권위탁계좌로 이건희 소유의 주식을 관리하면서 앞서 원심판시 범죄사실 제1항에 기재한 바와 같은 사기 기타 부정한 행위로서 원심판결문 별지 '양도소득세 포탈 일람표'의 해당란 기재와 같이 2000년 1,337,542,614원, 2001년 2,450,387,175원의 양도소득세를 각 포탈하였다는 것이다.

(나) 판 단

위 공소사실 중 1998. 12. 31. 이전 취득 주식에 관한 양도소득세포탈 부분은 전술하는 바와 같은 이유에서 무죄로 판단된다.

무죄 부분을 제외한 나머지 양도소득세 포탈액은 2000년 귀속분 170,764,291원, 2001년 귀속분 488,391,515원이다.

그렇다면 포탈세액이 모두 5억 원 미만이므로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조 제1항의 가중 규정이 적용되지 아니한다(가중 요건이 2억 원 이상이던 구 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7767호로 개정되기 전의 것)의 규정은 형법 제1조 제2항에 따라 적용되지 아니한다). 따라서 조세범처벌법 제9조 제1항 제3호를 논할 수 있을 뿐인데, 이는 같은 법 제17조에 따라 공소시효가 5년이다.

이 사건 양도소득세를 포탈하는 죄는 양도소득과세표준 확정신고 기간을 도과하는 때에 성립하는 것이고, 특별검사의 공소는 2000년분, 2001년분 양도소득과세표준 확정신고기간 만료일인 2001. 5. 31. 및 2002. 5. 31.로부터 5년이 경과한 후인 2008. 4. 17.에 제기되었음이 기록상 명백하다.

따라서 피고인 이건희, 피고인 3, 4에 대한 2001. 5. 31.자, 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 공소사실은 공소시효가 완성된 때에 해당한다.

3. 당심의 판단

가. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 사실오인, 법리오해의 주장에 대하여{1999. 1. 1. 이후 취득한 주식(1991. 1. 1.부터 1999. 12. 31.까지 사이에 취득한 부분 포함)에 대한 양도소득세 포탈 부분}

조세범처벌법 제9조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제8조에 규정된 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위를 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2007. 8. 23. 선고 2006도5041 판결 등 참조). 그리고 조세포탈죄는 고의범이지 목적범은 아니어서 피고인이 조세를 회피하거나 포탈할 목적까지 가질 것을 요하지는 아니하므로, 납세의무를 진다는 것과 자기의 행위(작위, 부작위)가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 경우에는 조세포탈죄의 범의가 인정된다고 할 것이다.

위 각 법리에 비추어 이 사건 증거들을 면밀하게 살펴보면, 이 점에 관한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 사실을 오인하거나 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 특별검사의 사실오인, 법리오해, 이유모순, 이유불비의 주장에 대하여(1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식에 대한 양도소득세 포탈 부분 및 면소 선고 부분)

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다(대법원 2003. 2. 14. 선고 2001도3797 판결 등).

이러한 법리에 비추어 살피건대, 원심이 적절하게 실시한 위에서 본 사유들에, 원심 및 당심이 적법하게 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 피고인 이건희의 선대 이병철 회장이 차명계좌를 이용한 이유가 각종 행정법규상의 규제나 제재, 조세당국의 자금출처 조사를 통한 조세부과, 기타 사회적인 비난 등을 회피하기 위한 탈법적 목적이 있었다거나, 1987. 11. 피고인 이건희가 위 차명계좌를 그대로 상속받으면서 상속세를 포탈하였다고 하더라도 이러한 사정은 사기 및 부정한 행위의 판단에 영향을 미치는 요소라고 보기는 어려운 점, ② 1993. 금융실명제 실시에도 불구하고 실명화하지 않았고, 이후 1998. 및 2002. 등 수회에 걸쳐 실명화할 수 있는 기회가 있었음에도 차명계좌를 유지하였다고 하더라도, 이러한 부작위를 바로 사기 기타 부정한 행위에 해당한다고 볼 수는 없는 점을 더하여 보면, 1998. 12. 31. 이전에 취득한 주식을 양도함으로써 얻은 양도소득에 해당하는 부분에 대하여는 단순한 무신고에 불과하여 사기 기타 부정한 방법에 의한 조세포탈이라고 인정할 수 없다고 할 것이므로, 이 점에 관한 원심의 사실 인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 되며, 거기에 사실오인, 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

그리고 특별검사는, 원심이 ① 1998. 12. 31. 이전에 취득한 차명주식에 대한 양도소득세 포탈 부분에 관하여, 배당금 수령, 주식매도, 계좌폐쇄 행위만 있었다고 판시하고 그 이후의 사정에 대하여는 아무런 심리도 판단도 하지 않은 채 적극적인 은닉행위가 없었다고 하여 무죄라고 판단한 것은 유죄 부분에서 증거로 인정한 '피고인들의 차명계좌 관리실태(차명주식 매도 후 차명계좌 재입고 등의 행위)'를 적극적 은닉행위로 판단한 부분과 상반되는 판단을 한 것일 뿐만 아니라, ② 만약, 원심판시의 취지가 차명주식 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지라면, 조세포탈죄의 기수시기 및 범의는 주식의 매도시점을 기준으로 판단하여야 한다는 법리에 반하는 것이고, 또한 이는 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판시한 부분(원심 판결문 17면의 "상장주식 양도소득세 납세의무가 있으면서도 차명계좌를 사용함으로써 재산을 은닉한다는 인식과 의도가 있었던 이상, 차명계좌를 보유하기 시작한 동기가 소유지분규제를 회피하면서 경영권을 유지하려는 목적에 있었다는 사정만으로는 조세포탈의 고의가 부정되지 아니한다.

"는 부분)과 상반되는 판단을 한 것이라고 주장하나, 원심은 ① 피고인들의 이러한 차명계좌의 관리실태를 무죄 부분에서는 양도 이후의 사정으로만 고려하여 적극적 은닉행위가 없었다고 판단한 것이며, 유죄 부분에서는 그 차명주식의 양도 이후의 사정으로뿐만 아니라, 그 차명주식을 양도한 후 다른 차명주식의 취득시의 사정으로 함께 고려하여 적극적 은닉행위가 있었다고 판단한 것으로서, 위 각 판단이 서로 상반된다고 볼 수 없고, ② 또한 원심판시의 취지는 '사기 기타 부정한 행위'의 범위와 본질을 파악함에 있어서 위계 기타 부정한 적극적인 행위와 무신고 또는 과소신고행위를 포괄하여 조세포탈범의 실행행위인 '사기 기타 부정한 행위'로 보는 이른바 포괄설의 입장에서 차명주식의 취득시점에서도 '사기 기타 부정한 행위'에 대한 인식이 있어야 한다는 취지이며, 차명주식의 취득시점을 범의 존부의 판단 기준으로 삼는다는 취지가 아니어서 조세포탈죄의 기수시기 및 범의에 관한 법리를 오해하였다고 볼 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 기수시기를 기준으로 고의를 판단하여야 한다고 판단하였다고 특별검사가 주장하는 부분은 그 원심판시의 취지가 1999. 1. 1. 이후에는 대주주의 상장주식 양도행위 자체가 양도소득세 과세대상으로 규정되었기 때문에 그 때부터는 상장주식을 취득하면서 차명계좌를 개설하거나 또는 차명주식을 취득하는 행위는 그 이후의 양도행위와 아울러 차명계좌를 이용하는 행위로서 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다는 취지일 뿐이고, 조세포탈의 기수시기나 차명계좌에서 주식을 양도할 때의 행위나 정황만을 기준으로 고의 존부를 판단하여야 한다는 취지가 아니어서 서로 상반되는 판단이라고 볼 수 없으므로, 거기에 이유모순, 이유불비 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 특별검사의 이 부분 주장은 모두 이유 없다.

VI. 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 8의 각 양형부당 항소이유와 특별검사의 같은 피고인들에 대한 각 양형부당의 항소이유에 대한 판단

1. 피고인 이건희의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인에 대한 양형부당의 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원에 이르며, 포탈기간도 6년에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻을 목적에서 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 피고인은 망 이병철로부터 차명주식을 상속받아

그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유하였기 때문인 점, 피고인은 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었을 뿐만 아니라 그로 인하여 취득한 이득을 박탈하기 위하여 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인은 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 이 사건 증권거래법위반의 범행은 증권거래법이 금지하는 내부정보이용 등 계열사 주식의 매매를 통하여 재산증식을 꾀하려는 부정한 의도로 범한 것은 아닌 것으로 보이는 점, 피고인이 1999. 11.부터 2000. 4.까지 폐암수술 및 방사선 치료를 받았으며, 현재도 '세균성 폐염', '심낭염 및 늑막염', '폐부종', '관상동맥협착증세' 등으로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인이 삼성그룹의 지배주주로서의 지위와 경영권을 승계받아 삼성전자 등의 계열회사를 세계적인 기업으로 변모시키는 등 경영능력을 발휘하여 국가경제 발전에 기여하고, 고용창출 등을 통하여 사회안정에도 기여함으로써 '사업보국'(事業報國)의 역할을 수행한 점, 피고인이 이 사건 공소 제기 이후 그 책임을 지고 그룹과 관련된 모든 직위에서 물러난 점, 피고인이 대한레슬링협회 회장, 국제올림픽위원회 위원, 2002년 월드컵 축구대회 조직위원회 위원으로 사회에 봉사하고 체육발전과 소외계층 등에 대한 지원을 하여온 공로를 인정받아 대통령 체육포장, 체육훈장 맹호장, 체육훈장 청룡장, 국민훈장 무궁화장 등을 수여받은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 원심의 위 선고형량은 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고 인정되지는 아니하므로, 피고인과 특별검사의 위 각 주장은 모두 이유 없다.

2. 피고인 3, 4, 8의 양형부당 주장과 특별검사의 같은 피고인들에 대한 양형부당 주장에 대하여

이 사건 조세포탈의 범행은 차명계좌를 사용하는 등 부정한 방법에 의하여 국가의 과세권을 침해하고 조세정의 내지 조세형평에 대한 많은 국민의 신뢰를 훼손한 것으로서 그 범죄행위 자체에 대한 비난가능성이 높고, 유죄로 인정되는 포탈세액이 46,561,789,308원(다만, 피고인 8의 경우 37,649,660,866원)에 이르며, 포탈기간도 6년(피고인 8의 경우 3년)에 걸쳐 있는 등 그 범죄행위로 초래된 결과 또한 중대한 점, 피고인 3은 상피고인 이건희의 포괄적 위임을 받아 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 총괄적으로 지휘·감독하는 역할을 수행하였고, 피고인 4는 상피고인 이건희의 개인재산 관리업무를 실무로 담당하는 망 공소외 11과 공소외 14를 직접 또는 간접으로 지휘·감독하고 상피고인 이건희, 피고인 3에게 그 재산관리 및 운용상황을 보고하는 등 실질적으로 위 재산관리업무를 주도하는 역할을 수행하였으며, 피고인 8은 2004. 1. 13.부터 재무팀장으로 근무하면서 위 망 공소외 11과 공소외 14를 직접으로 지휘·감독하는 역할을 수행한 점은 인정되나, 당초 차명주식을 보유하게 된 경위가 양도소득세를 포탈하면서 시세차익을 얻으 목적으로 시작된 것이 아니라, 1970년대 이래 계속되어 온 대주주 지분소유비율 제한에 관한 법적 규제를 회피하면서 그 지분소유비율을 유지하려는 목적에서 상피고인 이건희의 선대회장 이병철 시절부터 시작되었고, 상피고인 이건희가 망 이병철로부터 차명주식을 상속받는 바람에 그 틀 내에서 같은 방법을 계속 사용한 것으로 보이며, 주로 주식명의인의 교체와 증자대금의 마련을 위하여 주식의 거래가 이루어졌고, 2004년 이후에는 차명주식의 규모를 점차 줄여가는 중이었던 점, 위 포탈세액의 규모가 위와 같이 크게 된 것은 그 포탈세액의 약 97%를 차지하는 삼성전자 주식의 양도소득에 기인하는데, 양도소득이 그와 같이 크게 발생한 이유는 삼성전자 주식의 주가가 이 사건 주식매매 기간인 1999년 초부터 2006년 말 사이에 크게 상승한데다가 차명주식을 장기 보유

하였기 때문인 점, 상피고인 이건희가 그 포탈세액(무죄, 면소 부분 포함)을 모두 납부하여 이 사건 조세포탈범행으로 인한 국고손실이 회복되었으며, 차명계좌의 명의신탁 증여의제로 인한 증여세도 그 액수가 확정되면 곧바로 납부할 것을 다짐하고 있는 점, 피고인들은 국세기본법에 의한 과점주주가 아닌 행위자에 불과하고, 이 사건 조세포탈의 범행으로 취득한 경제적 이익이 전혀 없는 등 조세범처벌법 제3조 단서에 의하여 각 그 벌금형을 감면받을 수 있는 한편, 그로 인하여 이득을 취득한 상피고인 이건희에 대하여는 1,100억 원의 벌금형이 병과되는 점, 피고인들은 이 사건 공소제기 후 경영일선에서 물러난 점, 피고인 3은 1999년 우측 신장 절제수술을 받아 현재 만성 신질환 2기 내지 3기로 건강이 좋지 아니한 점, 피고인 3은 2004. 9. 17. 정치자금에 관한 법률 위반죄로 징역 2년 6월 집행유예 4년의 처벌을 받은 전력 외에는 형사처벌을 받은 전력이 없으며, 피고인 4, 8은 형사처벌을 받은 전력이 전혀 없는 점, 특히 피고인 8은 2004. 1. 이후에 재무팀장으로 근무하기 시작하였던바, 차명주식 관련 업무는 종전부터 이루어지던 것이어서 같은 피고인이 이를 실명화하기로 결정하기는 사실상 어려웠을 것으로 보이고, 그 지위·역할에 비추어 다른 피고인들에 비하면 책임이 상대적으로 낮은 것으로 보이는 점, 그 밖에 피고인들의 연령, 성행, 환경, 가족관계 등 여러 정상에 비추어 보면, 피고인들에 대한 원심의 위 선고형량은 너무 무거워 부당하다고 인정된다. 따라서 피고인들의 위 주장은 모두 이유 있고, 특별검사의 위 주장은 이유 없다.

VII. 결 론

그렇다면 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 관한 면소 부분에는 위에서 본 바와 같은 직권파기사유가 있고, 피고인 3, 4, 8에 대한 유죄 부분에는 같은 피고인들의 항소가 이유 있어, 위 각 부분 원심판결은 더 이상 유지할 수 없게 되었으므로, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 의하여 위 각 부분 원심판결(이유무죄 중 피고인 3, 4, 6, 7에 대한 삼성 SDS 주식회사 신주인수권부사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임) 부분 및 피고인 3, 4, 8에 대한 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자(다만, 피고인 8은 2005. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 각 포함)을 각 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하며, 피고인 이건희의 항소 및 원심판결 중 피고인 이건희, 피고인 2, 3, 4, 5에 대한 에버랜드 전환사채 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점에 대한 무죄 부분, 피고인 이건희에 대한 유죄 부분(이유무죄 중 2003. 5. 31.자 내지 2007. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함), 피고인 이건희, 피고인 3, 4의 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세)의 점에 대한 면소 부분(이유무죄 중 2001. 5. 31.자 및 2002. 5. 31.자 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(조세) 부분 포함)에 대한 특별검사의 각 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 각 기각하기로 한다.