

서울고등법원

제 1 0 형 사 부

판 결

사건	2015노3503 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)
피고인	A
항소인	검사
검사	임종필(기소), 김병구(공판)
변호인	법무법인 W 담당변호사 X
원심판결	서울남부지방법원 2011. 9. 16. 선고 2011고합93 판결
환송전당심판결	서울고등법원 2011. 12. 15. 선고 2011노2687 판결
환송판결	대법원 2015. 12. 10. 선고 2012도235 판결
판결선고	2016. 10. 27.

주 문

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 3년에 처한다.

이 유

1. 이 사건 공소사실의 요지

피고인은 피해자 주식회사 E(이하 피해자 회사라 한다)의 실질적인 경영자로서 F와 공모하여

2000년 6월 초순경 서울 강남구 G빌딩 10층의 피해자 회사 사무실에서 피해자 회사의 신규 사업 시설투자 및 운영자금 조달 명목으로 니탄(Nittan)증권 싱가포르 지점을 주간사로 하여 해외전환 사채 미화 1,000만 달러의 발행을 추진하면서 그 중 미화 800만 달러는 해외투자자에게 매각될 가능성이 없었는데 피고인은 미화 800만 달러를 사채업자 H, I 등으로부터 조달하여 전환사채를 매수하는 것처럼 가장하여 그 대금을 2000. 6. 23.경 피해자 회사의 예금계좌에 입금하는 형식을 취하고, 실제로는 입금된 미화 800만 달러를 그때쯤 곧바로 인출하여 H 등의 사채업자에게 되돌려주고, 위 금액 상당의 전환사채권을 찾아와 이를 소지하게 되었다. 위와 같이 미화 800만 달러에 해당하는 해외전환사채가 사실상 매각된 것이 아니었으므로 피해자 회사를 실질적으로 경영하고 있는 피고인과 피해자 회사의 업무를 총괄하는 F로서는 해외전환사채권을 발행하지 말아야 하고 가사 발행한 경우라 하더라도 이를 회수하여 소각하여야 할 업무상 임무가 있음에도 그 임무에 위배하여 2000년 9월경 피해자 회사에서 위 전환사채 미화 800만 달러(한화 95억 3,000만 원) 상당을 주식으로 전환한 다음 이를 매각하여 위 금액 상당의 재산상 이득을 취득하고, 피해자 회사에 동액 상당의 손해를 가하였다.

2. 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거들에 의하면, 피고인이 2000년 6월 초순경 사채업자 H, I로부터 미화 400만 달러를 조달한 후 이를 인출하여 곧바로 변제한 사실은 인정할 수 있으나, 피고인이 위 미화 400만 달러를 초과하여 니탄증권에 인수되었다가 재매입된 미화 400만 달러의 전환사채에 대하여도 사채업자들로부터 금원을 조달한 후 이를 곧바로 되돌려 줌으로써 사실상 매각되지 않은 전환사채를 발행하였다는 점이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 이 사건 공소사실 중 니탄증권에 인수되었다가 재매입된 미화 400만 달러의 전환사채 부분은 무죄로 판단하고, 사채업자들로부터 금원을 조달한 미화 400만 달러의 전환사채 부분은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소를 선고하였다.

3. 항소이유의 요지

검사가 제출한 증거들을 종합하면, 피고인이 니탄증권에 인수되었다가 재매입된 미화 400만 달러의 전환사채에 대하여도 사채업자들로부터 금원을 조달한 후 이를 곧바로 되돌려 줌으로써 사실상 매각되지 않은 전환사채를 발행한 사실을 충분히 인정할 수 있고, 원심이 인정한 사실은 공범인 F

에 대한 확정판결에서 인정된 범죄사실과 상반되며, 원심이 인정한 사실에 의하더라도 니탄증권이 인수한 미화 400만 달러의 전환사채는 처음부터 피고인이 재매입하여 주기로 하였던 바에 따라 납입되어 있던 인수자금 미화 440만 달러(한화 50억 원)를 담보로 제공하여 받은 대출금으로 재매입한 것이어서 실질적으로 전환사채의 매각이 이루어진 것으로 볼 수 없어 이 부분 전환사채의 발행 역시 배임행위에 해당함에도, 원심은 이 사건 공소사실 중 니탄증권에 인수되었다가 재매입된 미화 400만 달러의 전환사채 부분은 무죄로 판단하고, 나머지 미화 400만 달러의 전환사채 부분은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소를 선고하였으니, 원심판결에는 사실오인의 위법이 있다.

4. 당심의 판단

가. 사채업자들로부터 미화 800만 달러의 조달 여부

확정된 형사판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거자료가 되는 것이지만, 당해 재판에서 제출된 다른 증거내용에 비추어 확정된 형사판결에서의 사실판단을 그대로 채용하기 어렵다고 인정될 경우에는 이를 배척할 수 있다(대법원 2005. 1. 13. 선고 2004다19647 판결, 2005. 12. 8. 선고 2003도7655 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① L은 수사기관 및 원심 법정 등에서 "피해자 회사가 이 사건 전환사채의 발행을 추진할 당시 피고인이 미화 400만 달러, O이 미화 400만 달러, M가 미화 200만 달러를 조달해 오기로 약정하였다고 들었으나, O이 실제로 자금을 조달하였는지 여부를 직접 확인하지는 않았고, 피고인과 F의 지시로 피해자 회사로 입금된 미화 960만 달러 중 미화 400만 달러를 인출하여 Y 지점장을 통해 사채업자로부터 차용한 인수자금을 변제하였으나, 미화 440만 달러는 찔끔하여 결재를 하지 않았고, 나중에 상호신용금고에 입금되어 있다는 것을 보고받았는데, 위 예금은 피고인 과 F 및 M가 상의하여 이를 담보로 주식회사 P(이하 P라 한다)의 이름으로 대출받아 전환사채를 다시 매입하기 위해 보내 준 것으로 알고 있다"고 진술한 점, ② 현대신용 금고의 N은 수사기관에서 "피해자 회사로부터 예치금으로 50억 원을 받아 30억 원은 입금으로 처리하고 20억 원은 강남신용금고로 송금하였으며, 위 30억 원을 담보로 P의 이름으로 16억 원, 주식회사 Q(이하 Q라 한다)의 이름으로 14억 원을 대출받았다"는 취지로 진술한 점, ③ F는 원심 법정에서 "O이 자금을 조달한 방법 내지 출처에 대해 직접 확인해 보지 않았고, 인수자와 변제 부분은 피고인이 담당하여 자세한 사항은

모르는 상태에서 진술했다"고 진술한 점, ④ O은 수사기관에서 "미화 400만 달러를 조달하여 전환사채를 인수하지 않았고, 미화 400만 달러 상당의 전환사채는 니탄증권이 인수하였으며, 피고인이 경영하고 M가 사장으로 운영하던 P에서 10퍼센트를 더한 미화 440만 달러에 매입하여 처분한 것으로 알고 있다"고 진술한 점, ⑤ 피해자 회사로 입금된 미화 966만 달러 중 미화 440만 달러가 O이나 다른 사채업자 등에게 지급되었다고 볼 만한 자료는 없는 점 등에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 사채업자들로부터 위 미화 400만 달러를 초과하여 미화 800만 달러를 조달한 후 이를 곧바로 되돌려 주었다는 점을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로, 검사의 위 주장은 이유 없다.

나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄의 성립 여부

1) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면 다음의 사실을 인정할 수 있다.

가) 피고인은 피해자 회사의 실질적인 경영자로서 피해자 회사의 대표이사인 F와 공모하여 2000년 6월 중순경 싱가포르 니탄증권을 주간사로 하여 미화 1,000만 달러 상당의 해외전환사채(이하 이 사건 전환사채라 한다)의 발행을 추진하면서, 이 사건 전환사채 중 미화 800만 달러(한화 95억 3,000만 원) 상당에 관하여는 피고인이 제3자로부터 일시 자금을 융통하여 직접 인수하거나 또는 일단 니탄증권이 인수하면 납입된 인수대금을 이용하여 피고인이 재매수하기로 계획하였다.

나) 이에 따라 피고인은 2000. 6. 23. H, I로부터 22억 6,500만 원씩 합계 45억 3,000만 원을 차용하여 H, I의 이름으로 이 사건 전환사채 중 미화 400만 달러 상당(이하 이 사건 제1전환사채라 한다)을 인수하고 위 차용금으로 그 인수대금 미화 400만 달러를 납입하였고, 니탄증권 역시 피고인과 사전에 체결한 재매수약정에 따라 2000. 6. 23. 이 사건 전환사채 중 또 다른 미화 400만 달러 상당(이하 이 사건 제2전환사채라 한다)을 인수하고 그 인수대금 미화 400만 달러를 납입하였다.

다) 니탄증권은 2000. 6. 23. 이 사건 전환사채 인수대금 미화 1,000만 달러 중 비용으로 미화 34만 달러를 제외한 나머지 미화 966만 달러를 피해자 회사 명의의 평화은행 외화보통예금계좌에 입금하였는데, 피고인은 곧바로 그 중 미화 466만 달러에 상당하는 5,197,774,000원을 피해자 회사 명의의 평화은행 보통예금계좌로 이체한 후 그 중 45억 3,000만 원을 인출하여 H, I에 대한 위

차용금채무를 변제하였다.

라) 피고인은 2000. 6. 26. 이 사건 전환사채 인수대금 중 나머지 미화 500만 달러에 상당하는 55억 7,200만 원을 피해자 회사 명의의 평화은행 보통예금계좌로 이체한 후 다시 그 중 30억 원을 인출하여 현대신용금고에, 20억 원을 인출하여 강남신용금고에 입금하였고, 다음날인 2000. 6. 27. 현대신용금고에 입금된 위 30억 원을 담보로 하여 실질적으로 피고인이 경영하는 P와 Q의 이름으로 현대신용금고로부터 30억 원을 대출받고, 여기에 강남신용금고에 입금된 위 20억 원을 담보로 융통한 자금을 합하여, 그 자금으로 P와 Q의 이름으로 니탄증권으로부터 이 사건 제2전환사채를 대금 미화 440만 달러에 재매수하였으며, 이후 2000. 8. 4. 현대신용금고와 강남신용금고에 입금되어 있던 위 합계 50억 원을 인출하여 현대신용금고로부터의 대출금 등 이 사건 제2전환사채 재매수를 위하여 융통한 자금을 모두 변제하였다.

마) 피고인은 2000. 10. 4. 이 사건 제1전환사채를 주식으로 전환하여 2000년 12월 하순경 매각하였고, 2000년 8월 피해자 회사의 경영권 양도를 전제로 R, S에게 이 사건 제2전환사채를 매각하였으며, 이후 이 사건 제2전환사채는 2000. 10. 4. R, S에 의하여 주식으로 전환되었다.

바) 피고인은 이 사건 제1전환사채가 전환된 주식의 처분대금과 이 사건 제2전환사채의 처분대금 중 27억 원을 피해자 회사에 입금하였고, 나머지는 U 주식회사(이하 U라고 한다)의 주식 27억 원 상당의 인수에 대한 투자금 등으로 사용하였는데, 피해자 회사의 2000. 6. 7자 이사회 의사록에는 이 사건 전환사채 발행으로 취득한 자금 중 27억 원을 피고인에게 대여하여 피고인의 이름으로 U 주식을 취득하도록 한다는 취지가 기재되어 있었으나, 위 의사록은 2001년 5월 중순경 전환사채 인수대금의 지출에 대한 근거를 마련할 목적으로 사후에 작성한 것이고, 그 내용도 이익이 실현되면 피해자 회사에 입금하지만 손실은 전부 피고인이 부담한다는 것이다.

사) 한편, 피해자 회사는 이 사건 전환사채 인수대금 명목으로 입금되었던 금원 중 최종적으로 피해자 회사에 귀속되지 않은 금액에 대하여 이를 피고인에게 대여하였으나 회수불능인 것으로 회계처리하였다.

2) 판단

전환사채는 발행 당시에는 사채의 성질을 갖는 것으로서 사채권자가 전환권을 행사한 때에 비로소 주식으로 전환된다. 전환사채의 발행업무를 담당하는 자와 전환사채 인수인이 사전 공모하여 제3자

로부터 전환사채 인수대금에 해당하는 금액을 차용하여 전환사채 인수대금을 납입하고 전환사채 발행절차를 마친 직후 이를 인출하여 위 차용금채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우에, 그와 같은 전환사채의 발행이 주식 발행의 목적을 달성하기 위한 수단으로 이루어졌고 실제로 그 목적대로 곧 전환권이 행사되어 주식이 발행됨에 따라 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 등의 특별한 사정이 없는 한(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8112 판결 참조), 전환사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 전환사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하여, 전환사채 인수인으로 하여금 인수대금을 납입하지 않고서도 전환사채를 취득하게 하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 하고, 회사로 하여금 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 금원을 취득하지 못하게 하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 하였으므로, 이로써 업무상 배임죄의 죄책을 진다. 그리고 그 후 전환사채의 인수인이 전환사채를 처분하여 그 대금 중 일부를 회사에 입금하였거나 또는 사채로 보유하는 이익과 주식으로 전환할 경우의 이익을 비교하여 전환권을 행사함으로써 전환사채를 주식으로 전환하였더라도, 이러한 사후적인 사정은 이미 성립된 업무상 배임죄에 영향을 주지 못한다.

이 사건에 관하여 보건대, 위 인정사실과 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 등에 비추어 보면, 피고인이 피해자 회사의 실질적인 경영자로서 대표이사인 F와 공모하여 전환사채 인수대금이 실질적으로 피해자 회사로 귀속되도록 조치할 업무상을 임무를 위반하여 실질적으로는 인수대금이 납입되지도 않은 채로 이 사건 제1, 2전환사채 미화 800만 달러 상당을 발행하여 이를 인수함으로써 그 사채가액 미화 800만 달러 상당의 이득을 얻고, 피해자 회사로 하여금 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하는 인수대금을 취득하지 못하게 하여 인수대금 미화 800만 달러 상당의 손해를 입게 한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그럼에도 원심은 이 사건 공소사실 중 니탄증권에 인수되었다가 재매입된 미화 400만 달러의 이 사건 제2전환사채 부분은 무죄로 판단하고, 사채업자들로부터 금원을 조달한 미화 400만 달러의 이 사건 제1전환사채 부분은 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소를 선고하였으니, 원심판결에는 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 검사의 위 주장은 이유 있다.

가) 먼저, 이 사건 공소사실 중 이 사건 제1전환사채 부분에 관하여 보면, 피고인은 H, I로부터 자금을 차용하여 인수대금을 납입한 후 이 사건 제1전환사채가 발행되자 곧바로 위 인수대금을 인출하여 위 차용금채무를 변제하였으므로, 이 사건 제1전환사채는 실질적인 인수대금이 납입되지 않은 채로 발행되어 피고인에게 인수된 것이다.

나) 다음으로, 이 사건 공소사실 중 이 사건 제2전환사채 부분에 관하여 보면, 외형적으로는 이 사건 제2전환사채를 니탄증권이 인수하였다가 피고인이 재매수한 것이지만, 피고인은 사전에 계획하였던 바에 따라 일단 니탄증권으로 하여금 최초의 인수인이 되도록 하였다가 곧바로 니탄증권이 납입한 인수대금을 담보로 대출을 받아 이 사건 제2전환사채를 재매수하고 곧이어 위 인수대금을 인출하여 위 대출금채무를 변제하였으므로, 그 실질은 이 사건 제2전환사채 역시 인수대금이 납입되지 않은 채로 발행되어 피고인에게 인수된 것으로 보아야 한다.

다) 한편, 피고인은 이 사건 제1전환사채가 전환된 주식의 처분대금과 이 사건 제2전환사채의 처분대금 중에서 27억 원을 피해자 회사에 입금하였고, 나머지 중 27억 원을 U의 주식 인수에 대한 투자금으로 사용하면서 이 투자는 피해자 회사를 위한 것이라는 내용의 이사회 의사록을 작성하였다. 그러나 관련된 이사회 의사록의 작성 경위나 내용의 비정상성에 비추어 보면, U에 대한 투자는 피해자 회사를 위한 것이 아니라 피고인 개인을 위한 것이라고 봄이 상당하고, 또한 이 사건 제1, 2전환사채의 발행과 인수 및 처분의 경위에 비추어 볼 때 피해자 회사에 입금된 27억 원 역시 피고인이 처음부터 피해자 회사의 운용자금을 마련할 목적으로 전환사채를 인수하고 처분하여 그 대금을 입금시킨 것이 아니라 사후적으로 피해의 일부를 회복한 것에 불과하다고 할 것이므로, 모두 피고인의 범의를 부정할 사정은 되지 못한다.

라) 앞서 본 피고인의 이 사건 제2전환사채 부분에 관한 실제 행위의 내용과 이 부분 공소사실에 기재된 행위의 내용은 형식적인 행위의 형태는 다르지만 가장납입에 의한 전환사채발행이라는 실질에 있어서는 동일성이 인정되고, 니탄증권에 의한 인수 후 피고인의 재매수라는 사실관계는 피고인이 스스로 주장한 것이어서 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려도 없으므로, 이 사건 제2전환사채 부분에 대하여 공소장변경 없이 피고인의 실제 행위의 내용으로 범죄사실을 인정할 수 있다.

5. 결론

그렇다면 검사의 항소는 이유 있으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

범죄사실

피고인은 피해자 회사인 주식회사 E의 실질적인 경영자로서 피해자 회사의 대표이사인 F와 공모하여 2000년 6월 중순경 싱가포르 니탄증권을 주간사로 하여 이 사건 전환사채인 미화 1,000만 달러 상당의 해외전환사채의 발행을 추진하면서 이 사건 전환사채 중 미화 800만 달러(한화 95억 3,000만 원) 상당에 관하여는 피고인이 제3자로부터 일시 자금을 융통하여 직접 인수하거나 또는 일단 니탄증권이 인수하면 납입된 인수대금을 이용하여 피고인이 재매수하기로 계획하였다.

이에 따라 피고인은 2000. 6. 23. H, I로부터 22억 6,500만 원씩 합계 45억 3,000만 원을 차용하여 H, I의 이름으로 이 사건 전환사채 중 이 사건 제1전환사채인 미화 400만 달러 상당을 인수하고 위 차용금으로 그 인수대금 미화 400만 달러를 납입하였고, 니탄증권 역시 피고인과 사전에 체결한 재매수약정에 따라 2000. 6. 23. 이 사건 전환사채 중 이 사건 제2전환사채인 또 다른 미화 400만 달러 상당을 인수하고 그 인수대금 미화 400만 달러를 납입하였다.

니증권은 2000. 6. 23. 이 사건 전환사채 인수대금 미화 1,000만 달러 중 비용으로 미화 34만 달러를 제외한 나머지 미화 966만 달러를 피해자 회사 명의의 평화은행 외화보통예금계좌에 입금하였는데, 피고인은 곧바로 그 중 미화 466만 달러에 상당하는 5,197,774,000원을 피해자 회사 명의의 평화은행 보통예금계좌로 이체한 후 그 중 45억 3,000만 원을 인출하여 H, I에 대한 위 차용금채무를 변제하였다.

피고인은 2000. 6. 26. 이 사건 전환사채 인수대금 중 나머지 미화 500만 달러에 상당하는 55억 7,200만 원을 피해자 회사 명의의 평화은행 보통예금계좌로 이체한 후 다시 그 중 30억 원을 인출하여 현대신용금고에, 20억 원을 인출하여 강남신용금고에 입금하였고, 다음날인 2000. 6. 27. 현대신용금고에 입금된 위 30억 원을 담보로 하여 실질적으로 피고인이 경영하는 P와 Q의 이름으로 현대신용금고로부터 30억 원을 대출받고, 여기에 강남신용금고에 입금된 위 20억 원을 담보로 융통한 자금을 합하여, 그 자금으로 P와 Q의 이름으로 니탄증권으로부터 이 사건 제2전환사채를 대금 미화 440만 달러에 재매수하였으며, 이후 2000. 8. 4. 현대신용금고와 강남신용금고에 입금되어 있던 위 합계 50억 원을 인출하여 현대신용금고로부터의 대출금 등 이 사건 제2전환사채재매수

를 위하여 융통한 자금을 모두 변제하였다.

이로써 피고인은 F와 공모하여 전환사채 인수대금이 실질적으로 피해자 회사로 귀속되도록 조치할 업무상 임무를 위반하여 실질적으로는 인수대금이 납입되지도 않은 채로 이 사건 제1, 2 전환사채 미화 800만 달러 상당을 발행하여 이를 인수함으로써 그 사채가액 미화 800만 달러 상당의 이득을 얻고, 피해자 회사로 하여금 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하는 인수대금을 취득하지 못하게 하여 인수대금 미화 800만 달러 상당의 손해를 입게 하였다.

증거의 요지

1. 피고인의 일부 법정 진술

1. 원심 증인 L, O, F의 각 일부 법정 진술

1. 피고인에 대한 각 검찰 피의자신문조서

1. L, M, N, O, H, J에 대한 각 검찰 진술조서

1. K의 진술서

1. 수사보고(2000. 6. 23. E 해외전환사채 1,000만 달러 발행 관련 계좌추적 중간결과), 수사보고(2000. 6. 20. H 22억 6,500만 원 송금한 관련계좌내역)

법령의 적용

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

구 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2012. 2. 10. 법률 제11304호로 개정되기 전의 것) 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제30조(포괄하여, 유기징역형 선택)

1. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호

피고인과 변호인의 주장에 관한 판단

1. 주장의 요지

피고인에게 배임의 범의가 없었고, 이 사건 제1, 2 전환사채의 발행은 실질적으로 전환사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 전환사채를 발행한 경우에 해당하지 않거나 실질적으로 신주인수대금의 납입을 가장하는 편법에 불과하다고 평가될 수 있는 특별한 사정이 있는 등으로 피해자 회사에 손해가 발생하지 않았으며, 이 사건 제1, 2전환 사채의 매각대금을 피해자 회사에 입금하여 회사의 운영

자금으로 사용하였을 뿐이고 U의 주식 인수 등에 사용한 바 없으므로, 특정경제범죄가중처벌등에 관한법률위반(배임)죄가 성립하지 아니한다.

2. 판단

법원조직법 제8조는 "상급법원 재판에서의 판단은 해당 사건에 관하여 하급심을 기속한다"고 규정하고, 민사소송법 제436조 제2항 후문도 상고법원이 파기의 이유로 삼은 사실상 및 법률상의 판단은 하급심을 기속한다는 취지를 규정하고 있으며, 형사소송법에서는 이에 상응하는 명문의 규정은 없지만, 법률심을 원칙으로 하는 상고심은 형사소송법 제383조 또는 제384조에 의하여 사실인정에 관한 원심판결의 당부에 관하여 제한적으로 개입할 수 있는 것이므로 조리상 상고심판결의 파기 이유가 된 사실상의 판단도 기속력을 가지는 것이며, 따라서 상고심으로부터 사건을 환송받은 법원은 그 사건을 재판함에 있어서 상고법원이 파기이유로 한 사실상 및 법률상의 판단에 대하여 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생기지 않는 한 이에 기속된다(대법원 2009. 4. 9. 선고 2008도10572 판결 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 환송 후 당심에서 추가적인 증거조사가 이루어지지 아니하여, 환송 후의 심리과정에서 새로운 증거가 제시되어 기속적 판단의 기초가 된 증거관계에 변동이 생긴 경우에 해당한다고 볼 수 없으므로, 피고인과 변호인의 위 주장은 받아들이지 아니한다.

양형의 이유

피고인에게 동종 전과는 없는 점, 피고인이 피해자 회사에 일부 피해변제를 한 점 등은 인정된다.

그러나 이 사건 범행은 피고인이 피해자 회사의 실질적인 경영자로서 대표이사인 F와 공모하여 업무상 임무를 위반하여 실질적으로는 인수대금이 납입되지도 않은 채로 이 사건 제1, 2전환사채를 발행하여 이를 인수함으로써 그 사채가액 상당의 이득을 얻고, 피해자 회사로 하여금 인수대금 상당의 손해를 입게 한 것으로 그 죄질이 좋지 아니한 점, 이 사건 범행으로 인한 피해액이 다액인 점, 피고인은 이 사건 수사가 시작되자 2001. 9. 18. 출국하여 2002. 10. 13.까지 외국에 체류하며 수사에 응하지 않은 점, 그 밖에 피고인의 연령, 성행과 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 양형의 조건을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

판사 이재영(재판장) 박진웅 박정운