

서울고등법원 2010. 8. 20. 선고 2009노2284 판결 [특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임){예비적죄명:특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)}·조세범처벌법위반·업무상횡령·주식회사의외부감사에관한법률위반·증권거래법위반]

피 고 인	피고인 1 외 1인
항 소 인	피고인들 및 검사
검 사	박찬호
변 호 인	법무법인 충정 담당변호사 김중곤 외 1인
원심판결	서울중앙지방법원 2009. 8. 14. 선고 2008고합1308, 2009고합290(병합) 판결

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 파기한다.

피고인 1을 징역 1년 6월에, 피고인 2를 징역 6월에 각 처한다.

다만, 이 판결확정일로부터 각 2년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 공소외 1 회사로부터의 허위 세금계산서 수취로 인한 조세범처벌법위반의 점, 공소외 4 주식회사에 대한 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부로 인한 조세범처벌법위반의 점 및 피고인 1에 대한 공소외 11 명의의 주식 보유에 따른 공소외 7 주식회사 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무 위반과 미공개정보이용금지위반으로 인한 각 증권거래법위반의 점은 각 무죄.

원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소를 기각한다.

이 유

1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 및 법리오해

(1) 공소외 4 주식회사에 대한 허위 세금계산서 교부로 인한 조세범처벌법위반의 점(피고인들, 원심 판시 범죄사실 [2008고합1308] 제1의 나.항)

피고인들은 공소외 4 주식회사(이하 ‘공소외 4 회사’라고만 한다)에 화장품 등 물품을 실제로 인도하기 전에 세금계산서 4장을 미리 발행한 것은 사실이나, 그 당시 이미 피고인들 운영의 공소외 2 주식회사(이하 ‘공소외 2 회사’라고만 한다)는 공소외 4 회사의 물품공급 요청에 따라 물품을 제조하여 인도할 준비를 모두 마친 상태였으므로 공소외 4 회사에 대한 위 세금계산서 발행이 실물의 거래 없이 한 것이 아니라고 할 것이고, 특히 2005. 12. 31.자 세금계산서는 공소외 4 회사로부터 지급받은 선수금의 범위 내에서 교부되었으므로 허위 세금계산서의 교부라고 할 수 없음에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 사실을 오인하거나 허위 세금계산서 교부에 대한 처벌규정인 조세범처벌법 제11조의2 제4항의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

(2) 주식회사의외부감사에관한법률위반의 점(피고인들, 원심 판시 범죄사실 [2008고합1308] 제2항)

피고인들이 공소외 4 회사의 회장인 공소외 5로부터 대량의 물품공급을 요청받아 주문자상표부착생산방식(이른바 OEM 방식)으로 제품을 제조하고 즉시 이를 인도할 수 있는 상태에서 공소외 4 회사와의 상호 합의하에 세금계산서 교부하였는바, 피고인들 운영의 공소외 2 회사로서는 공소외 4 회사에 대하여 물품대금을 청구할 수 있는 법률상의 지위에 있었으므로 위 세금계산서상의 매출액을 재무제표상 매출로 계상한 것은 적법하다고 할 것임에도, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 사실을 오인하거나 기업회계기준에 따른 매출과 수익의 개념을 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

(3) 공소외 7 주식회사 주식의 대량보유 보고의무 위반 및 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무 위반의 점(피고인 1, 원심 판시 범죄사실 [2009고합290] 제1의 나.항 및 제2의 나.항)

피고인 1은 공소외 12와 공소외 13에게 공소외 7 주식회사(이하 ‘공소외 7 회사’라고만 한다)의 주식을 실제로 증여하였던 것이지 이들의 명의를 빌려 위 주식을 보유하고 있었던 것이 아니었고, 공소외 11 명의로 공소외 7 회사 주식을 보유한 바도 없으므로 위 피고인에게는 이 부분 공소사실 기재와 같은 주식의 대량보유 보고의무 또는 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무가 있다고 할 수 없음에도, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 사실을 오인하거나 주식 증여 또는 소유 개념에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

(4) 미공개정보이용금지위반의 점(피고인 1, 원심 판시 범죄사실 [2009고합290] 제3항)

피고인 1은, 공소외 14가 공소외 15 주식회사(이하 ‘공소외 15 회사’라고 한다)의 전환사채를 인수할 것이라는 미공개정보를 이용하여 부당이익을 얻을 생각으로 공소외 11 명의로 공소외 15 회사의 주식을 취득한 바가 없음에도, 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 판단한 것은 사실을 오

인하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

(5) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(검사)

피고인 1은 2006. 7. 13. 공소외 7 회사의 대표이사로 선임되어 공소외 7 회사의 사무를 처리하는 자의 지위에 있게 되었으므로 그때부터는 2006. 6. 1.자 포괄적 주식교환계약을 단순히 실행하는 지위에 있는 것이 아니라 공소외 2 회사의 주식가치가 적정가격보다 과대평가되어 있다는 사실을 알고 있던 위 피고인으로는 사회윤리적 또는 사실상의 신임관계에 기초하여 위 교환계약에 따른 주식교환행위를 하지 않거나 위 교환계약에서 정한 비율과는 달리 공소외 2 회사의 주식을 적정가치로 재산정하여 교환비율을 새로 정하였어야 할 것이 당연히 기대된다고 할 것이어서 위 피고인이 주식교환가치의 재산정절차를 거치지 않고 위 주식교환계약에 따라 주식교환을 실시한 것은 공소외 7 회사에 대한 업무상 임무에 위배된다고 할 것임에도 원심이 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 것은 배임에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

나. 양형부당

(1) 피고인들

피고인들이 동종전과가 없고, 허위 세금계산서의 교부 등으로 얻은 경제적 이익이 없는 점, 피고인 1은 횡령금액을 회사에 입금하여 회사를 위하여 운영한 점 등 피고인들에게 유리한 여러 정상에 비추어보면, 원심이 피고인들에게 선고한 형(피고인 1 : 징역 2년, 집행유예 3년, 피고인 2 : 징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

(2) 검사

피고인 1에 대하여는 원심이 잘못 판단한 무죄 부분이 시정되어야 하고, 피고인 1이 계획적으로 허위 세금계산서를 교부받거나 교부하는 등 정상적인 거래질서를 왜곡시키는 행위를 일삼으며 상장법인의 미공개정보를 이용하여 부당이익을 얻는 등 그 죄질이 매우 좋지 않은 점 등에 비추어보면, 원심이 피고인 1에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 직권판단{ 공소외 1 회사로부터의 허위 세금계산서 수취로 인한 조세범처벌법위반의 점(피고인들, 원심 판시 범죄사실 [2008고합1308] 제1의 가.항)}

가. 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인들에 대하여, “피고인들은, 공소외 9 주식회사의 다단계 판매원이 판매수당을 받을 목적으로 공소외 2 회사의 제품을 불필요하게 많이 구입하였으나 팔리지 않아 덤핑 판매를 하게 되자, 공소외 1 회사(대표자 공소외 16)의 실제 사장인 위 공소외 16의 남편 공소외 3과 ‘덤핑 판매되는 공소외 2 회사 제품을 공소외 2 회사에서 공소외 1 회사를 통하여 공소외 2 회사 판매가의

6%에 해당하는 저가로 재구입하면서 마치 공소외 2 회사 판매가의 12%에 해당하는 가격으로 재구입하는 것처럼 하여 공소외 1 회사에 대금을 지불하고, 공소외 3은 거래가액을 약 2배 부풀린 공소외 1 회사 명의의 세금계산서를 교부함과 동시에 피고인들에게 실제 매입가를 초과하여 받은 매입대금을 몰래 돌려주며 그 대가로 월 300만 원을 받기로' 공모하고, 이에 따라 2004. 7. 27. 위 공소외 2 회사 사무실에서 사실은 공소외 1 회사로부터 64,606,236원에 화장품 등을 매입하였음에도 불구하고 그 매입가격을 58,169,592원 더 부풀려 마치 122,775,828원에 매입한 것처럼 공소외 1 회사의 대표이사 공소외 16 명의의 허위 세금계산서를 교부받은 것을 비롯하여 2005. 4. 14.경까지 별지 범죄일람표(1) 기재와 같이 총 실거래가격이 2,188,495,649원임에도 1,970,414,695원을 더 부풀린 허위 세금계산서 129장, 총 4,158,910,344원 상당을 교부받았다."라는 범죄사실로 " 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제4항 제1호, 형법 제30조"를 각 적용하여 공소를 제기하였다.

나. 관련 규정

(1) 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되기 전의 것) 제11조의2

① 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자가 세금계산서를 교부하지 아니하거나 세금계산서에 허위의 기재를 한 때에는 1년 이하의 징역 또는 공급가액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

④ 부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급함이 없이 세금계산서를 교부하거나 교부받은 자는 2년 이하의 징역 또는 그 세금계산서에 기재된 공급가액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

(2) 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2

① 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자와 매출처별세금계산서합계표를 정부에 제출하여야 할 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 1년 이하의 징역 또는 공급가액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 세금계산서를 교부하지 아니하거나 허위기재하여 교부한 경우

2. 매출처별세금계산서합계표를 허위기재하여 제출한 경우

④ 부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급하지 아니하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이하의 징역 또는 그 세금계산서 및 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출처별계산서

합계표·매입처별계산서합계표에 기재된 매출·매입금액에 부가가치세의 세율을 적용하여 계산한 세액의 2배 이하에 상당하는 벌금에 처한다.

1. 부가가치세법의 규정에 의한 세금계산서를 교부하거나 교부받은 행위

다. 관련법리

구 부가가치세법(2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제16조 제1항은 사업자가 재화 또는 용역을 공급하는 때에는 구 부가가치세법 제9조에 규정한 거래시기에 세금계산서를 교부하여야 한다고 규정하고 있고, 구 부가가치세법 제9조 제1항, 제2항은 재화나 용역의 공급시기를 규정하면서, 같은 조 제3항은 사업자가 재화나 용역의 공급시기가 도래하기 전에 재화 또는 용역에 대한 대가의 전부 또는 일부를 받고, 이와 동시에 그 받은 대가에 대하여 세금계산서 또는 구 부가가치세법 제32조의 규정에 의한 영수증을 교부하는 경우에는 그 교부하는 때를 당해 재화 또는 용역의 공급시기로 본다고 규정하고 있는바, 이러한 규정은 모두 조세행정의 편의상 재화 또는 용역의 공급의 귀속시기가 어느 과세기간 내에 포함되는지 여부를 가림으로써 부가가치세 납세의무의 성립시기를 판단하는 기준을 규정한 것이다. 한편, 세금계산서의 교부시기와 관련한 위와 같은 규정 취지 등에 비추어 보면, 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것)의 '부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급함이 없이 세금계산서를 교부한 자'라 함은 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발행하는 행위를 하는 자(이른바 자료상)를 의미하는 것으로 보아야 할 것이고, 재화나 용역을 공급하기로 하는 계약을 체결하는 등 실물거래가 있음에도 세금계산서 교부시기에 관한 부가가치세법 등 관계 법령의 규정에 위반하여 세금계산서를 교부함으로써 그 세금계산서를 교부받은 자로 하여금 현실적인 재화나 용역의 공급 없이 부가가치세를 환급받게 한 경우까지 처벌하려는 규정이라고는 볼 수 없다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도655 판결 등 참조).

라. 판단

- (1) 원심은 이 부분 공소사실을 “ 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것), 형법 제30조”를 적용하여 유죄로 인정하였다.
- (2) 그러나, 검사의 공소사실에 따르면 피고인들이 공소외 1 회사로부터 공소외 2 회사의 제품을 구입하면서 그 거래가액을 실제 대금보다 부풀려 세금계산서를 교부받아 실제 대금을 초과한 나머지 대금을 돌려받고 그 대가로 공소외 3에게 월 300만 원을 지급하였다는 것이므로, 피고인들은 공소외 1 회사로부터 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발행하여 교부받은 것이 아니라 단순히 실물거래에 따른 공급가액을 부풀려 허위 기재한 세금계산서를 교부받은 것에 불과하므로

로, 앞서 본 법리에 따르면, 이러한 행위가 위 각 구 조세범처벌법 제11조의2 제1항{ 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호 소정의 무거래 세금계산서 교부죄는 세금계산서마다 하나의 죄가 성립하는 것이므로(대법원 2008. 9. 25. 선고 2008도6268 판결), 2005. 1. 1.이전의 범행인 별지 범죄일람표(1) 순번 제1번부터 제90번까지에 대하여는 각 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제1항이 적용될 것이고, 그 이후의 범행인 범죄 일람표(1) 순번 제91번부터 제129번까지에 대하여는 각 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제 9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제1항 제1호가 적용될 것이다}에 해당될 여지가 있음은 별론으로 하더라도 이를 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호를 적용하여 처단할 수는 없다(대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도8069 판결 참조).

(3) 한편, 공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 함에 있는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장 변경의 절차를 거침이 없이 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결)고 할 것이므로, 이 부분 공소사실에 구 조세범처벌법 제11조의2 제1항(또는 같은 조항 제1호)이 적용될 수 있는지에 관하여 보건대, 피고인들에 대한 이 부분 공소사실이 ‘피고인들이 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자인 공소외 3과 공모하여 공소외 1 회사 명의의 허위 세금계산서를 교부하였다’는 점에 있는 것이 아니라 ‘피고인들이 공소외 3과 공모하여 공소외 1 회사로부터 허위 세금계산서를 교부받았다’는 점에 있는바, 구 조세범처벌법(2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되기 전의 것 및 2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제11조의2 제1항은 “부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자가 허위 세금계산서를 교부한 경우”만을 처벌대상으로 삼고 있을 뿐, 같은 법 제11조의2 제4항과 달리 “이들로부터 허위 세금계산서를 교부받은 행위”를 처벌대상으로 삼고 있지 아니하므로, 구 조세범처벌법 제11조의2 제1항을 적용할 여지도 없다.

(4) 따라서 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하였어야 함에도 원심이 이 부분 공소사실을 유죄로 처단한 것은 조세범처벌법의 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이다.

마. 이처럼 원심판결에는 직권파기 사유가 있음에도 불구하고, 피고인들 및 검사의 각 항소이유 주장은 여전히 이 법원의 판단대상이 되므로 이에 관하여는 아래에서 항목을 달리하여 살펴본다.

3. 항소이유에 대한 판단(피고인들 및 검사의 사실오인 및 법리오해 주장)

가. 공소외 4 회사에 대한 허위 세금계산서 교부로 인한 조세범처벌법위반의 점(피고인들, 원심 판시 범죄사실 [2008고합1308] 제1의 나.항)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인들은 2006. 1. 중순경 공소외 2 회사 사무실에서 피고인 1은 피고인 2에게 회사의 외형가치를 높이기 위해 매출실적을 부풀릴 것을 지시하고, 피고인 2와 재경팀장 공소외 6은 공소외 4 회사에 화장품 등의 물품을 공급한 사실이 없음에도 별지 범죄일람표(2) 기재와 같이 그 시경 위 사무실에서 2005. 12. 31. 2,647,279,900원 상당의 화장품 등을 공급한 것처럼 허위의 공소외 2 회사 대표이사 피고인 1 명의 세금계산서 1장을 작성하여 공소외 4 회사에 교부하고, 2006. 4. 중순경 위 사무실에서 거래처인 공소외 4 회사에 화장품 등을 공급하지 않았음에도 2006. 1. 31. 자 2,102,909,000원, 2006. 2. 28. 자 2,091,013,000원, 2006. 3. 31. 자 2,300,848,000원 상당의 화장품 등을 공급한 것처럼 허위의 공소외 2 회사 대표이사 피고인 1 명의 세금계산서 3장을 각 작성하여 교부하는 등 총 공급가액 9,142,049,000원의 허위 세금계산서 4장을 작성하여 공소외 4 회사에 교부하였다.

(2) 2005. 12. 31.자 세금계산서 교부의 점에 관하여

(가) 원심은 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였는바, 위 제2의 다.항에서 본 법리에 의하면, 이 부분 공소사실의 유죄 인정 여부는 피고인들 운영의 공소외 2 회사와 공소외 4 회사 사이에 실물거래가 있었는지에 달려 있다고 할 것이다.

(나) 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 공소외 4 회사가 2005. 8.부터 2005. 12.경까지 공소외 2 회사와 13,025,646,183원 상당(부가가치세 포함)의 물품 거래를 하였고(2008고합1308호 증거기록 제6책 제2권 제730 내지 745쪽), 그 기간 동안 공소외 4 회사가 공소외 2 회사에 16,050,000,000원을 지급한 점(같은 기록 제6책 제1권 제193, 194쪽), ② 공소외 4 회사가 공소외 2 회사에 지급한 위 160억 5천만 원은 공소외 2 회사의 자금사정을 고려하여 미리 선지급한 물품대금이었던 것으로 보이는 점{원심 증인 공소외 17의 법정 진술(원심 제8회 공판조서, 공판기록 제4권 제1550쪽), 공소외 18에 대한 검찰 진술조서의 진술기재(2008고합1308호 증거기록 제6책 제1권 제1338쪽), 공소외 5, 18에 대한 각 문답서(같은 기록 제6책 제1권 제190, 201쪽)의 각 기재에 의하면, 이들은 공소외 4 회사가 공소외 2 회사에 지급한 위 금원은 공소외 2 회사의 증자 또는 상장시 주식을 교부받을 조건으로 지급한 투자금 성격이라는 취지로 주장하나, 피고인 1과 공소외 5 사이에 주식양수도계약서가 존재한다는 점을 인정할 자료가 없는 점, 위 진술에 따르더라도 이들은 피고인 1 또는 공소외 2 회사

가 공소외 5에게 교부하기로 하였다는 주식의 종류, 수량, 금액을 전혀 특정하여 진술하지 못하고 있는 점, 공소외 5는 공소외 2 회사에 물품대금보다 30억 원 가량이 추가로 지원된 경위에 대하여 ‘2005. 12.경 피고인 1이 공소외 2 회사의 증자를 통해 상장을 계획하고 있다고 하면서 30억 원의 자금이 필요하다고 했고, 30억 원을 투자하면 공소외 2 회사의 주식 500만주를 교부하겠다고 했다’고 진술하였으나(공소외 5에 대한 문답서, 같은 기록 제6책 제1권 제189, 190쪽), ‘공소외 4 회사 선급금, 상품수불내역 및 공소외 2 회사 어음지급내역표’(같은 기록 제6책 제1권 제193, 194쪽)의 기재에 따르면, 공소외 4 회사가 공소외 2 회사에 자금을 지급한 2005. 8.경부터 이미 그 지급액이 물품공급액을 초과하고 있었던 사실을 인정할 수 있으므로, 2005. 12.경 30억 원의 투자금을 요청하여 지급하였다는 위 공소외 5의 진술은 객관적 사실과 배치되는 점, 공소외 2 회사가 공소외 4 회사로부터 위와 같이 지급받은 금원을 공소외 4 회사에 대한 물품대금으로 공제하여 온 점 등에 비추어보면, 공소외 4 회사가 공소외 2 회사에 지급한 자금은 공소외 2 회사의 자금 사정상 편의를 위한 물품대금 명목의 선급금이었다고 봄이 상당하다}, ③ 이처럼 공소외 4 회사가 공소외 2 회사와 위 기간 동안 계속적 공급거래의 관계에 있었다고 보이는 점, ④ 공소외 2 회사는 이 같은 계속적 공급거래에 따라 공소외 4 회사에 공급할 물건을 수시로 생산하여 일별 재고량을 파악하여 두었다가(같은 기록 제6책 제1권 제289쪽 이하) 공소외 4 회사의 발주가 있으면 그 재고량 중에서 물품을 출고한 것으로 보이는 점, ⑤ 이에 공소외 2 회사가 이미 지급받은 선수금의 범위 내에서 OEM 방식으로 공소외 4 회사에 공급할 물품을 상당 부분 생산하여 두었으나, 공소외 4 회사가 경영 상태의 악화 등의 이유로 공소외 2 회사에 대한 더 이상의 물품 발주가 어려웠던 것으로 보이는 점, ⑥ 피고인들이 이 부분 세금계산서의 매출세액을 포함하여 부가가치세를 신고한 점까지 종합해보면, 피고인들이 비록 공소외 2 회사의 매출을 늘리기 위한 목적으로 이 부분 세금계산서를 교부하였다고 하더라도 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 소정의 부가가치세법의 규정에 의한 재화나 용역을 공급함이 없이 세금계산서를 교부한다는 범의가 있었다고 보기는 어렵다고 보아야 할 것이고, 달리 기록을 살펴봐도 이를 인정할 만한 증거가 없다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도655 판결 참조).

(다) 따라서 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 원심으로서는 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하였어야 함에도 사실오인 또는 조세범처벌법상 허위 세금계산서 교부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다. 피고인들의 이 부분 주장은 이유 있다.

(3) 2006. 1. 31.자, 같은 해 2. 28.자 및 같은 해 3. 31.자 각 세금계산서 교부의 점에 관하여

(개) 이 부분 공소사실의 유죄 인정 여부도 피고인들 운영의 공소외 2 회사와 공소외 4 회사 사이에 실물거래가 있었는지에 달려 있다고 할 것이다.

(나) 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 공소외 5가 운영하던 공소외 4 회사는 2006. 초부터 영업활동 자체가 거의 없어 상품을 대량으로 구매할 수 있는 형편이 아니었고, 그 무렵 공소외 4 회사 회원들에 대한 판매수당 30억 정도도 지급할 여력이 없었던 점{ 공소외 5에 대한 문답서의 기재(같은 기록 제6책 제1권 제181쪽), 공소외 18에 대한 검찰 진술조서의 진술 기재(같은 기록 제6책 제3권 제1341쪽)}, ② 피고인들은 공소외 5가 2005. 12.경 2006년 제품 공급에 차질이 없도록 미리 준비하여 달라는 부탁을 받고 제품을 생산한 후 이 부분 세금계산서를 교부한 것이라고 주장하나, 앞서 본 바와 같이 공소외 5는 그 무렵 상품을 구매할 수 있는 여력이 되지 않았고 피고인들로부터 이 부분 세금계산서의 발행을 사전에 양해하거나 동의한 바도 없다고 진술하고 있는 점(공소외 5에 대한 검찰 진술조서, 같은 기록 제6책 제3권, 제1331쪽), ③ 피고인들로서는 공소외 2 회사가 공소외 4 회사로부터 선지급받은 물품대금이 그 무렵 이미 소진되었고, 공소외 4 회사의 구매 여력도 불분명하였을 뿐만 아니라 공소외 2 회사의 매출도 급감하고 있었으므로, 공소외 4 회사에 대한 물품공급에 있어 공소외 4 회사의 대금 지급능력을 확인하거나 이에 대한 담보를 확보하는 등의 조치를 취하는 것이 정상적이었다고 할 것임에도 그러한 조치를 취하였다는 정황을 찾기 어렵고(피고인들은 공소외 5로부터 제주도에서 있는 토지에 관한 담보관련서류를 교부받았다고 주장하나, 이를 인정할 자료가 없다), 오히려 피고인 1은 막연히 ‘공소외 5가 돈을 입금시킬 것을 확신했다’고만 진술하고 있는 점(피고인 1에 대한 검찰 피의자신문조서, 같은 기록 제6책 제3권 제1314쪽), ④ 이 무렵 피고인들은 공소외 2 회사의 우회 상장을 위해 위 회사의 매출액을 늘릴 필요가 있었던 것으로 보이는 점(피고인 2에 대한 제1, 2회 검찰 피의자신문조서, 같은 기록 제6책 제3권 제1296쪽, 같은 기록 제6책 제6권 제2679쪽), ⑤ 피고인들이 공소외 4 회사에 대한 이 부분 세금계산서의 매출세액에 상당하는 물품대금(100억여 원에 이른다)의 지급을 독촉하였다는 점을 인정할 자료가 없는 점 등에 비추어보면, 비록 공소외 2 회사와 공소외 4 회사가 계속적 공급거래의 관계가 있었다고는 하더라도 그 무렵 그 계약관계는 공소외 4 회사의 경영사정으로 사실상 중단되었다고 봄이 상당하고, 피고인들은 실물 거래 없이 공소외 2 회사의 매출 증대를 위하여 일방적으로 공소외 4 회사에 대한 허위의 세금계산서를 발행, 교부한 것이라고 할 것이다.

(대) 따라서 이 부분 세금계산서의 교부가 재화의 실물 거래 없이 이루어진 것으로 보고 이 부분 공소사실을 유죄로 처단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 여기에 피고인들 주장과 같은 사실오인 또는 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다. 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나. 주식회사의외부감사에관한법률위반의 점(피고인들, 원심 판시 범죄사실 [2008고합1308] 제2항)

(1) 관련 기업회계기준서(증제43호증)

제4호 문단 12 : 재화의 판매로 인한 수익은 다음 조건이 모두 충족될 때 인식한다.

(가) 재화의 소유에 따른 위험과 효익의 대부분이 구매자에게 이전된다.

(나) 판매자는 판매한 재화에 대하여 소유권이 있을 때 통상적으로 행사하는 정도의 관리나 효과적인 통제를 할 수 없다.

(다) 수익금액을 신뢰성 있게 측정할 수 있다.

(라) 경제적 효익의 유입 가능성이 매우 높다.

(마) 거래와 관련하여 발생했거나 발생할 거래원가와 관련 비용을 신뢰성 있게 측정할 수 있다.

제4호 부록 A26 : 구매자의 요청에 의해 재화의 인도가 지연되고 있으나, 구매자에게 소유권이 이전되어 대금이 청구된 거래는 다음 조건이 모두 충족되면 소유권이 구매자에게 이전되는 시점에 수익을 인식한다.

(가) 재화가 인도될 것이 거의 확실하다.

(나) 판매자가 해당 재화를 보유하고 있으며, 개별적으로 식별가능하고, 구매자에게 인도할 준비가 되어 있다.

(다) 재화의 인도 연기에 대하여 구매자의 공식적인 확인이 있다.

(라) 통상적인 지급조건이 적용된다.

(2) 판단

(가) 원심과 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 앞서 본 바와 같이 공소외 2 회사의 이 부분 세금계산서 교부 행위가 일부 적법하더라도 이에 따른 재무제표상 매출인식은 기업회계기준에 따라야 하는 것으로 실물거래의 존부에 따른 세금계산서 교부의 적법성 여부와는 그 기준을 서로 달리하는 점(전문심리위원 공소외 19의 당심 법정 진술, 당심 제8회 공판조서), ② 2005. 12. 31.자 세금계산서상 매출액의 경우, 피고인들이 공소외 4 회사에 공급할 물품을 이미 지급받은 선수금의 범위 내에서 생산하긴 하였으나, 그 대상물품은 임의로 정한 것으로 보이는 점, ③ 이처럼 거래 당사자들 사이에 공급대상품목에 대한 합의가 없을 경우, 기업회계기준상 수익금액을 신뢰성있게 측정할 수 있어야 한다거나{기업회계기준 제4호 문

단 12, (대목}, 거래와 관련한 거래원가 등을 신뢰성있게 측정할 수 있어야 한다는 요건{기업회계기준 제4호 문단 12, (매목}을 충족하기 어려운 점, ④ 공소외 2 회사가 생산하였다는 이 부분 세무계산서 4매에 해당하는 물품에 대한 공소외 4 회사의 발주는 2005년 또는 2006년 사업연도 내에 없었고, 공소외 2 회사가 위 각 물품을 창고에 그대로 보관하고 있었는데, 기업회계기준상 생산이 완료된 제품이라도 인도되지 않은 재화는 구매자귀속이 입증되지 않는 한, 이를 매출로 인식할 수 없고 단순히 재고자산으로 계상하여야 하는 것이므로, 이 같은 공소외 2 회사의 각 물품 생산만으로 기업회계기준상 ‘구매자에게 재화의 소유에 따른 위험과 효익의 대부분이 이전되었다’는 요건이 충족되었다고 보기는 어려운 점{기업회계기준 제4호 문단 12, (개목}, ⑤ 피고인들은 공소외 4 회사의 공급요청에 따라 물품을 생산한 후 공소외 4 회사의 귀책사유로 말미암아 제품의 인도가 늦어졌을 뿐이라는 취지로 주장하나, 기업회계기준서 부록 A26항은 이러한 경우 보다 보수적인 관점에서 매출을 인식하도록 규정하고 있고, 구매자의 재화인도 연기 요청이 명시적일 것을 요구한다고 할 것인데{전문심리위원 공소외 19의 당심 법정 진술(당심 제8회 공판조서) 및 2010. 5. 27.자 전문심리위원에 대한 사실조회회신결과}, 이 같은 공소외 4 회사의 명시적 인도 연기요청이 있었다는 점을 인정할 자료가 없고, 오히려 공소외 4 회사는 이 부분 세무계산서 4매에 해당한 물품에 대한 발주를 한 바가 없는 점에다가 이 무렵 피고인들은 공소외 2 회사의 우회상장을 위해 위 회사의 매출액을 늘릴 필요가 있었던 것으로 보이는 점까지 보태어보면, 피고인들은 공소외 2 회사의 매출액을 부풀리기 위하여 위 각 세무계산서의 매출액을 기업회계기준에 위반하여 매출로 인식·계상함으로써 허위의 재무제표를 작성, 공시하였다고 할 것이다.

(나) 따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 처단한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고 여기에 피고인들 주장과 같은 사실오인 또는 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다. 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다. 공소외 7 회사 주식의 대량보유 보고의무 위반 및 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무 위반의 점(피고인 1, 원심 판시 범죄사실 [2009고합290] 제1의 나.항 및 제2의 나.항 주¹⁾)

피고인 1은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 주장을 하여 원심은 판결문의 “[2009고합290] 피고인 1이 공소외 12, 13 명의로 공소외 2 회사의 주식을 소유하고 있었는지 여부”라는 제목 아래 위 피고인의 주장과 이에 대한 판단을 자세하게 실시하여 위 주장을 배척하고 위 피고인이 공소외 12, 13의 명의를 차명하여 주식을 소유하였다고 판단하였는바, 여기에 공소외 12와 공소외 13의 진술에 따르더라도, 공소외 12와 공소외 13이 2000. 또는 2005.경 피고인 1에게 자신들 명의의 주식을 임의로 처분하여 그 대금을 사용하는 것에 동의하였고 회사의 사정이 나아진 후 돌

려받기로 했다는 것인바, 사실이 이와 같다면, 공소외 12, 13으로서는 자신들 명의의 주식을 적어도 이 무렵부터는 피고인 1에게 처분(증여 또는 양도)한 것으로 봄이 타당한 점까지 보태어 원심의 위와 같은 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 거기에 위 피고인이 주장하는 바와 같은 사실오인 또는 법리오해의 잘못이 있다고 할 수 없다. 위 피고인의 이 부분 항소 논지는 이유 없다.

라. 공소외 11 명의의 주식 보유로 인한 공소외 7 회사 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의 무 위반, 미공개정보이용금지위반의 점(피고인 1, 원심 판시 범죄사실 [2009고합290] 제2의 나.항 및 제3항)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 피고인은 2006. 8. 17.경 공소외 7 회사 주식 26,707,598주를 새롭게 취득하여 기존의 2,601,695주와 합하여 총 29,309,293주(53.61%)를 보유하게 되어 주요주주가 되었으므로, 10일 이내에 누구의 명의로 하든지 자기의 계산으로 소유하고 있는 당해 법인의 주식 소유상황을, 그 소유주식수에 변동이 있는 때에는 그 변동이 있는 날이 속하는 달의 다음달 10일까지 그 내용을 대통령령이 정하는 바에 따라 각각 증권선물위원회와 거래소에 보고하여야 함에도 불구하고, ① 2006. 10. 30.부터 같은 달 31.까지 공소외 11 명의로 공소외 7 회사 주식 49,630주를 매수하고도 보고기한인 2006. 11. 10.부터 같은 해 12. 11.까지 2회에 걸쳐 이를 증권선물위원회와 거래소에 보고하지 아니하고, ② 같은 해 11. 23. 공소외 11 명의의 공소외 7 회사 주식 49,630주를 매도하고도 보고기한인 같은 해 12. 11.까지 이를 증권선물위원회와 거래소에 보고하지 아니하였다^{주2)}.

(나) 상장법인 또는 코스닥 상장법인의 임원·직원으로서 업무 등과 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 직무와 관련하여 알게 된 자와 이들로부터 당해 정보를 받은 자는 당해 법인이 발행한 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하지 못함에도 불구하고, 피고인은 2006. 9. - 10.경 공소외 15 회사의 운영자금을 마련하기 위하여 동 회사에서 발행하는 전환사채를 ○○일보공소외 14 회장이 인수하는 방안을 추진하였고, 2006. 10. 20.경 공소외 14 회장이 공소외 15 회사에서 발행하는 전환사채 60억 원을 인수하기로 결정하자, 2006. 10. 26. 일반인에게 공개되지 않은 위와 같은 내용의 중요 정보를 이용하여 주식을 매수하기로 마음먹고, 평소 친분관계를 유지해 오던 공소외 11에게 부탁하여 동인 명의의 증권계좌로 공소외 15 회사 주식을 매수해줄 것을 부탁하면서 매수자금 2억 원을 송금하였으며, 피고인의 부탁을 받은 위 공소외 11은 2006. 10. 26. 동인의 현대증권 △△지점 증권계좌로 위 주식 44,630주를 70,853,130원에, 2006. 10. 27. 위 증권계좌로 위 주식

5,000주를 7,875,000원에 각각 매수하여 합계 49,630주를 매수하였다. 피고인은 위와 같이 공소외 11을 통하여 공소외 15 회사 주식 49,630 주³⁾를 시가 78,728,130원으로 매수하여 78,465,030원(미실현이익)의 부당이득을 취득하여 미공개 중요정보인 ‘공소외 14 회장의 전환사채 인수’ 사실을 이용하였다.

(2) 원심의 판단

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 사실 및 사정들 즉, ① 공소외 11은 피고인 1과의 오랜 친분관계를 유지하고 있었기 때문에, 위 피고인이 운영하는 공소외 15 회사의 내부 사정을 잘 알고 있었던 점, ② 공소외 11은 이전에도 공소외 15 회사의 기업 정보를 알고 있는 상태에서 주식 거래를 해온 것으로 보이는 점, ③ 피고인 1이 공소외 11에게 2억 원을 송금한 시점은 이미 공소외 14의 전환사채 인수가 결정된 상태였고, 공소외 11은 피고인으로부터 2억 원을 송금받은 당일 날 및 그 다음날 바로 공소외 15 회사의 주식을 매수한 점, ④ 피고인 1은 위 2억 원을 공소외 11에게 대여한 것이라고 주장하나, 당시 공소외 11의 자금 상황을 고려할 때 위 금원을 차용할 필요가 없었다고 보이는 점[위 피고인은 검찰 조사 과정에서 위 2억 원은 당시 공소외 11이 세무조사를 받았기 때문에 어려운 상황이라서 빌려주었다고 진술했으나, 기록에 의하면 공소외 11이 운영하는 회사는 2006. 11. 6.경부터 세무조사가 시작되었는바, 위 돈을 송금할 당시에는 공소외 11이 세무조사로 어려움을 겪고 있지 않았다고 보이므로 위 피고인의 이러한 진술은 신빙성이 없고, 오히려 2006. 11. 초순경 위 피고인이 주식을 팔아서 남은 이익을 세금 내는데 보태고 원금만 자신에게 달라고 하였다는 공소외 11의 원심 법정 진술이 더 신빙성이 있다], ⑤ 또한, 피고인 1은 2007. 1. 25. 공소외 11에게 송금한 5억 원도 검찰조사과정에서는 무슨 명목으로 송금한 것인지 기억나지 않는다는 취지로 진술하다가, 원심 법정에 이르러 위 금원도 대여한 것이라고 주장하는바, 5억 원이라는 금원을 대여하면서 그 명목을 모른다는 것은 이해하기 어려운 점(공소외 11은 위 5억 원도 위 피고인이 공소외 15 회사의 주식을 사달라는 명목으로 송금했다고 주장한다) 등을 종합하면, 피고인 1이 공소외 11을 통해 공소외 15 회사의 미공개정보를 이용하여 주식을 취득하였음을 인정할 수 있다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 이 부분 공소사실의 입증을 위하여 검사가 제출한 증거로는 증인 공소외 11, 20, 21, 22의 각 원심 법정 진술, 피고인 1에 대한 제4회 검찰 피의자신문조서 중 공소외 11의 진술 기재, 공소외 20, 11에 대한 각 검찰 진술조서의 각 진술 기재, 공소외 22에 대한 제2회 검찰 진술조서의 진술

기재, 공소외 21 작성의 각 진술서의 기재 등이 있는바, 공소외 11의 진술을 제외한 나머지 증거들은 모두 공소외 11로부터 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 이야기를 들었다는 취지의 것들이거나 피고인 1이 공소외 11에게 금원을 송금한 내역, 공소외 11의 주식거래내역, 공소외 15 회사의 전환사채발행 경위 등을 기재한 것들이어서 이 부분 공소사실에 대한 직접 증거는 되지 않는다고 할 것이어서 이 부분 공소사실의 유죄 인정 여부는 공소외 11 진술의 신빙성 여부에 달렸다고 할 것인바, 아래에서 살핀다.

(나) 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 공소외 11은 ‘피고인 1이 용돈을 벌 수 있도록 차명거래를 해달라는 부탁과 함께 금원을 송금하였다’고 진술하고 있으나, 피고인 1로부터 수량, 매수가격, 매도시점 등에 대하여는 아무런 이야기를 듣지 못하였다고 진술하고 있는바, 만약 위 피고인이 공소외 11을 통하여 미공개정보를 이용한 차명거래로 부당한 이익을 얻을 목적이었다면, 매수가격, 수량 및 매도시점 등은 매우 중요한 고려사항이므로 이 같은 내용을 명의대여자인 공소외 11에게 알려주지 않은 채 막연히 ‘알아서 해 달라’(원심 제2회 공판조서, 공판기록 제1권 제143쪽)고만 하지는 않았을 것으로 보이는 점, ② 공소외 11은 피고인 1로부터 금원을 송금받은 후 1억 원 정도만 주식매수에 사용할 생각이었다고 진술하고 있는데(같은 조서, 공판기록 제1권 148쪽), 차명거래를 부탁받은 자가 임의로 주식거래용 대금 중 일부만 사용하기로 결정한다는 것은 상식에 부합하지 않는 점, ③ 또한 공소외 11은 피고인 1로부터 송금받은 금원 중 일부만 주식 매수에 사용한 이유에 대하여 ‘한꺼번에 다 사면 당연히 비싼 가격에 살까봐 조금씩 분산 매수할 생각이었다’고 진술하고 있는바(같은 조서, 공판기록 제1권 제145쪽), 정작 자신은 공소외 14의 전환사채인수로 공소외 15 회사의 주가가 연일 상한가를 기록하고 있던(2009고합290호 증거기록 제4책 제1권 제17쪽) 2006. 10. 30., 같은 해 11. 7. 위 주식을 매수한 점, ④ 공소외 11은 원심 법정에서 이 같은 점을 지적하는 변호인의 질문에 공소사실 기재와 같은 2006. 10. 26. 및 같은 달 27.외에 피고인 1의 자금으로 위 2006. 10. 30. 자 및 같은 해 11. 7.자 주식을 매수한 것이라고 진술하였는데, 만약 사정이 이와 같다면 공소외 11로서는 앞서 본 ‘피고인 1로부터 송금받은 금원 중 1억 원만 주식매수에 사용할 생각이었다’는 진술 또는 검찰에서의 ‘위 송금받은 금원으로 이 부분 공소사실 기재와 같이 2회에 걸쳐 주식을 매수하였다’는 진술을 다시 반복하게 되는 점, ⑤ 이처럼 공소외 11은 공소외 15 회사의 주식 거래에 있어 자신과 피고인 1의 주식을 따로 구분하여 관리하지 않고 있었던 것으로 보이는바, 차명거래를 부탁받은 자가 차후 주식의 실소유주와의 정산에 대비하지 않고 자신과 실소유자의 주식의 수량, 매수가격 등을 따로 구분하지 않는다는 것은 매우 이례적이라고 할 것인 점, ⑥ 공소외 14는 공소외 15 회사의 전환사채 인수를 2006. 10. 20. 결정하여 통보하였다고 진술하고 있는데(

공소외 14의 진술서의 기재, 2009고합290호 증거기록 제4책 제4권 제1353쪽), 피고인 1이 이 같은 미공개정보를 이용하여 부당이익을 얻을 목적이었다면, 위 피고인으로서는 보다 많은 시세 차익을 얻거나 자신의 미공개정보이용 의도가 드러나지 않도록 공소외 14의 전환사채인수 공시 보다 이른 시점에 주식매수를 시도하는 것이 통상적이라고 할 것임에도 위 공시일인 2006. 10. 27. 전일에 공소외 11에게 차명거래를 부탁하면서 송금하였다는 것은 경험칙에 반한다고 할 것인 점, ⑦ 공소외 11은 피고인 1로부터 용돈을 벌 수 있도록 해달라고 하면서 차명거래를 부탁받았다고 진술하나, 피고인 1이 이 부분 차명거래로 인한 시세차익을 취득한 바가 없고, 오히려 공소외 11로부터 원금만 반환받은 점, ⑧ 게다가 공소외 11은 평소 피고인 1에게 위 피고인의 권유로 매수한 공소외 2 회사의 주식을 한 번도 매각한 적이 없다고 자랑하였다가 이 사건 수사과정에서 위 주식을 매각한 사실을 알게 된 위 피고인으로부터 배신감에서 비롯된 질책을 받았다고 진술하고 있는바(원심 제2회 공판조서, 공판기록 제1권 제164쪽), 사정이 이와 같다면 피고인 1로서는 평소 공소외 11이 자신의 회사를 위하여 주식을 매수한 후 시세차익 등에 구매됨이 없이 이를 그대로 보유하고 있다는 사실에 고마움을 느끼고 있었다는 것인데, 이 같은 피고인 1이 시세차익을 위하여 공소외 11에게 차명거래를 부탁하면서 용돈을 벌 수 있도록 해달라고 하였을 것으로 보기는 어려운 점, ⑨ 공소외 11은 금융감독원에서의 초기 조사 과정(2009고합290호 증거기록 제4책 제1권 제21쪽 이하) 및 검찰에 제출한 2008. 6.경 진술서(같은 기록 제4책 제2권 제490쪽)에서는 피고인 1로부터 금원을 차용하여 자신의 판단으로 주식을 매입하였을 뿐이고, 피고인 1의 주식을 차명으로 관리해준 바가 없다고 진술하다가 2008. 9. 5. 검찰 진술조서에서부터 이 부분 공소사실에 부합하는 진술을 하면서 그 진술을 번복하고 있는데, 피고인 1과 공소외 11의 미공개정보이용 행위를 조사하던 금융감독원 직원 공소외 20은 이 사건을 검찰로 송치하면서 ‘피고인 1이 미공개정보를 공소외 11에게 전달하고, 공소외 11이 그 정보를 이용해서 주식을 매매한 것으로 보고 위 피고인을 정보제공내부자로, 공소외 11을 1차 정보수령자로 판단하여 두 사람 모두 고발’하였고(원심 제4회 공판조서, 공판기록 제1권 제260쪽), 그 무렵 공소외 11의 조카인 공소외 23(서울중앙지방검찰청 금융조사부 파견)에게 공소외 11의 혐의사실을 알려주었다고 진술하고 있으며(같은 조서, 공판기록 제1권 제266쪽), 공소외 11은 원심 법정에서 공소외 23로부터 금융감독원 및 검찰 조사 과정에서 도움을 받았다는 취지로 진술하고 있는바(원심 제2회 공판조서, 공판기록 제1권 제142쪽), 공소외 11이 금융감독원 조사 때와 달리 검찰 조사과정에서 자

신에게 불리한 진술을 반복한 것이 자신의 잘못이나 약점을 감추기 위해 공소외 23의 조언에 따른 것은 아닌지 의심이 가는 점 등에 비추어보면, 이 부분 공소사실에 부합하는 듯한 공소외 11의 진술은 그대로 믿기 어렵다.

(다) 따라서 이 부분 공소사실은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라고 입증되었다고 할 수 없으므로 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하며 무죄를 선고하였어야 함에도 원심은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다. 피고인 1의 이 부분 주장은 이유 있다.

마. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점(검사)

(1) 이 부분 공소사실의 요지

(가) 공소외 2 회사 주식가치의 과대평가

피고인 1은 공소외 2 회사에서 화장품 등을 생산하여 2004. 5.경부터 계열사인 공소외 9 주식회사의 공유마케팅 다단계판매방식에 따라 판매하여 오다가 다단계판매방식에 문제가 발생하여 2005. 7.경 중단하였다가, 다시 2005. 8.경부터 다단계회사인 공소외 4 회사를 통하여 물품판매를 하였으나 동 회사의 다단계판매행위도 문제가 되어 2006. 12.경부터 동 회사를 통하여 다단계 판매를 할 수 없게 되자 이후 공소외 2 회사의 매출액이 급감하게 되었다. 다단계판매에 따라 화장품 등을 판매할 당시에는 2004년도의 매출액이 384억 원, 2005년도의 매출액이 329억 원에 이르렀으나 다단계판매를 하지 못하게 된 2005년도 말부터 매출이 급감하여 2006년 1/4분기에는 실제 매출액이 3,382,857,620원 정도에 불과하였고, 2006년도의 매출액은 급감할 것이 예상되었다.

피고인 1은 2005. 8.경부터 공소외 2 회사를 우회상장하기 위한 방안을 모색하여 오다 2005. 12.경 이듬해인 2006. 상반기경 우회상장하려고 하였으나 위와 같이 매출이 급감하자 매출액을 부풀려 회사가치를 부풀리기로 하고, 2006. 1. 중순경 2005. 12. 31. 거래처인 공소외 4 회사에 2,647,279,900원의 물품을 공급한 것처럼 2005년 4/4분기 매출액을 부풀렸고, 다시 2006. 4. 중순경 총 6,494,770,000원의 허위세금계산서 발행 금액만큼 매출액을 부풀려서 2006년 1/4분기 총 매출액 9,877,627,620원 중 65.75%를 부풀렸다. 그리고 피고인 1은 공소외 2 회사의 우회상장을 위해 공소외 10 법인에 공소외 2 회사의 회사가치 및 주식가치의 평가를 의뢰하고 2006. 1.~5. 사이 담당회계사 등이 그 작업을 할 때 위와 같이 매출액을 부풀린 2005년도 결산 보고서와 2006. 1/4분기 결산보고서를 제출하고 그 사실을 모르는 담당회계사는 위 허위 판매실적 등을 근거로 2006. 5. 30. 공소외 2 회사의 회사가치를 887억 900만 원으로 과대평가하였으며, 그에 따라서 공소외 2 회사 주당 가치도 88,709원으로 과대평가되었다 ^{주4)}.

주4)공소외 2 회사의 2006년도 추정손익과 실제손익의 차이

(단위 : 억 원)

구분	2004년	2005년		예상		실제	
		분식	실제	2006년	2007년	2006년	2007년
매출액	384	356	329	387	421	94	48
영업이익	149	97	71	109	109	-50	-69
당기순이익	96	34	7.7	65	65	-67	-94

공소외 10 법인은 공소외 2 회사의 자산가치를 22,875원, 미래의 수익가치를 132,598원으로 평가하고 이를 1:1.5 가중평균하여 그 본질가치(주식교환가액) 88,709원으로 평가하였음. 자산가치는 2005. 12. 31. 순자산액가액 22,874,578원을 총발행주식수인 100만주로 나누어 산정하여 왜곡가능액을 추정하고 그에 따라 예상 이익을 추정하였는데 그중에서 과거 매출액은 미래 매출액을 추정하는 가장 중요한 요소가 되었는데, 2004년, 2005년, 2006. 1/4분기 매출액과 그 증가율 등 근거로 2006년 및 2007년도 예상매출액을 추정하였는데, 2005년도의 매출액이 부풀려졌고 특히 2006년도 예상매출액 2006년 1/4분기 매출액인 9,877,816,439원(그중 허위 매출액 6,494,770,000원)의 약 4배가량으로 추정하여 예상 매출액이 과장되었고 그에 따라 예상 영업이익·순이익은 손실까지 발생하였음) 수익가치가 과대평가되었음, 결국 공소외 2 회사 주식가치 과대평가는 거의 수익가치의 과대평가에 기인함.

(내) 공소외 2 회사 주식 시중 거래가격

피고인 1은 공소외 2 회사의 우회상장을 염두에 두고 2005. 7. 7. 공소외 2 회사 주식을 제3시장인 프리보드에 등록하였으나 거의 거래가 이루어지지 않던 중 2005. 12.경 프리보드 거래를 통하여 공소외 2 회사의 주가를 인위적으로 형성시키기로 마음먹었다.

피고인 1은 2005. 12. 8. 직원인 공소외 13으로 하여금 한화증권 □□□□□지점에 그의 명의로 차명 증권계좌를 개설하게 한 다음 공소외 2 회사 주식 1만주를 그 계좌에 입고시킨 후, 2005. 12. 8. 지인 공소외 24에게 주식 매수자금으로 회사자금 2,501,300원을 송금하고, 피고인 2 부회장을 통하여 공소외 13으로 하여금 프리보드에 공소외 2 회사 주식 100주를 주당 25,000원에 매도주문 내도록 하여 2005. 12. 13. 위 공소외 24로 하여금 위 주식을 매수하게 하였으며, 2005. 12. 14. 지인 공소외 11과 협의하여 공소외 11이 프리보드에서 1,000주를 주당 32,500원에 매수하였고, 2005. 12. 16. 지인 공소외 25와 협의하여 공소외 25가 500주를 주당 41,500원에 매수하였으며, 2005. 12. 20. 친구인 공소외 26에게 주식 매수자금으로 회사자금

1,300만 원을 송금한 다음 피고인 2 부회장을 통하여 공소외 13에게 공소외 2 회사 주식 500주를 주당 51,300원에 매도주문 내도록 지시하고 이를 위 공소외 26으로 하여금 동인의 처 공소외 27 명의로 2,565만 원에 매수하도록 하였고, 2005. 12. 22. 위 공소외 26에게 주식 매수자금으로 회사자금 3,190만 원을 다시 송금한 다음 위와 같은 방법으로 공소외 13에게 500주를 주당 63,800원에 매도주문 내도록 지시하고 이를 위 공소외 26으로 하여금 위 공소외 27의 명의로 3,190만 원에 매수하도록 하였다.

이와 같이 2005. 12. 8.~2005. 12. 22. 기간 중 공소외 2 회사 주식 2,600주를 5회에 걸쳐 주당 25,000원부터 시작하여 차츰 매매가격을 높여 주당 63,800원까지의 가격으로 매매가 되도록 하였다. 그중 공소외 2 회사의 자금 지원 없이 거래된 것은 공소외 11, 25와의 거래뿐이었는데 협의에 따른 그 거래가격도 5만 원에 미치지 못하였다.

한편, 피고인 1은 2005. 12.~2006. 3. 기간 중 위와 같이 회사의 매출을 부풀린 사실과 다단계 판매를 하지 못하게 된 2005년 하반기부터 회사의 매출액이 급감하여 2006년도의 매출이 매우 저조할 것이 예상되는 점을 숨기는 반면, 우회상장 될 것이라는 사실을 알리면서, 2006. 5. 19. 피고인 1 명의로 소유하고 있는 공소외 2 회사 주식 830,000주 중에서 199,000주를 공소외 28에게 1주당 42,500원, 총 84억 5,750만 원에 매각하였고, 피고인 1이 공소외 12(140,000주), 공소외 29(20,000주), 공소외 13(10,000주) 등 3명의 차명 명의로 보유하고 있던 공소외 2 회사 주식 170,000주 중 2006. 2. 28. 공소외 30에게 1주당 33,333원의 가격으로 2만주를 6억 6,666만 원에 매도하고, 2005. 4. 26.부터 2006. 5. 30.까지 공소외 11 등 37명에게 1주당 5만 원의 가격으로 131,100주를 총 65억 5,500만 원에 매각하였다.

결국 공소외 2 회사의 발행주식 100만주 중에서 35.01%에 해당하는 350,100주가 매출액 및 순이익이 과대계상된 상태에서 우회상장을 예상하면서 거래된 가격이 5만 원 이하로 거래되었다. 따라서 공소외 2 회사 주식의 적정가치는 5만 원 이하였다.

(대) 공소외 2 회사 주식과 공소외 7 회사 주식의 포괄적 교환을 통한 38,709,000,000원 업무상 배임

2006. 5. 30. 피고인 1은 공소외 31 주식회사 및 공소외 7 회사의 대표이사 공소외 8과 『공소외 31 주식회사가 소유하고 있는 코스닥 상장회사인 공소외 7 회사 주식 2,601,695주(지분 19.47%)를 1주당 2,114원, 총 55억 원에 매수하고, 계약 당일 계약금으로 5억 5,000만 원을 지급하며, 중도금 22억 원은 피고인이 요청하는 일시에 이사 및 감사의 선임과 정관의 변경을 안건으로 하는 임시주주총회 소집을 위한 이사회 결의 등의 조건이 충족되면 지급하고, 잔금으로 27억 5,000만 원은 임시주주총회에서 피고인 1이 지정하는 자가 공소외 7 회사 이사 또는 감사

로 선임이 되고 그 선임에 대한 변경등기에 필요한 모든 서류와 회사의 인감이 매수인에게 교부되며, 임시주주총회에서 이사 및 감사의 선임과 정관의 변경 등의 안건이 승인되는 등의 조건이 충족되면 지급하는』내용의 '주식 및 경영권 양수도계약'을 체결하고, 당일 계약금 5억 5,000만 원을 지급하였다.

피고인 1은 공소외 7 회사의 대표이사 공소외 8과 2006. 5. 30. 위 계약을 체결하면서, 『비상장 회사인 공소외 2 회사의 주식교환 가액은 위와 같이 과대평가된 88,709원으로, 코스닥상장법인 공소외 7 회사의 주식교환 가액은 증권거래법 시행규칙 제36조의 12에 의한 가액산정방법(코스닥상장법인의 주식교환가액은 주식교환을 위한 이사회 결의일과 주식교환신고서 제출일 중 앞서는 날의 전일을 기산일로 산정된 기준주가에 의하되 기준주가가 1주당 자산가치에 미달하는 경우에는 그 자산가치로 정하도록 규정하고 있는데, 이견에서는 2006. 5. 31.을 기준일로 한 기준주가에 따라 2,150원으로 결정하였다)에 따라 산정된 2,150원으로 각 정하여 그 주식교환비율을 1:41.26으로 정하고, 공소외 2 회사 주식 100만주(지분 100%)를 공소외 7 회사에서 양수하고, 공소외 7 회사는 4,126만주{ 공소외 7 회사 주식 41,260,000주를 새로 발행할 경우 이는 공소외 7 회사의 발행주식 총수 54,624,455주(기존 13,364,455주 + 신주 41,260,000주)의 75.53%를 차지하고, 공소외 7 회사의 발행주식 총수 대비 대주주 피고인 1의 지분은 52.46% (28,657,385주)가 된다}의 신주를 발행하여 공소외 2 회사의 주주들에게 교부함으로써 포괄적 주식교환을 실시하며, 2006. 7. 13. 주주총회를 개최하여 동 계약을 승인하고, 공소외 7 회사의 이사 또는 감사를 새로 선임한다.』라는 취지의 '포괄적 주식교환계약'을 체결하였다.

이후 피고인 1은 위 계약에 따라 공소외 8이 경기 안양시 동안구 (이하 생략)에 있는 공소외 7 회사 회의실에서 2006. 6. 1. 이사회를 개최하여 위 계약의 승인을 위한 공소외 7 회사의 임시주주총회 소집결의 및 공시 등을 하자 공소외 8에게 중도금으로 22억 원을 지급하고, 2006. 7. 13. 위 공소외 8이 위 (이하 생략) 대강당에서 공소외 7 회사 임시주주총회를 개최하여 위 포괄적 주식교환계약이 승인되고 피고인 1을 공소외 7 회사 대표이사로 선임되도록 하자 공소외 8에게 잔금 27억 5,000만 원을 지급하였다.

위 주식교환 계약에서 공소외 2 회사의 주식가치 88,709원은 과대평가된 것이고 실제로는 5만 원 이하였으므로 위 계약에 따라 주식교환을 할 경우 공소외 7 회사는 887억 900만 원의 신주를 발행하게 되어 그 만큼의 회사 자산이 증가하여야 하나 신주발행 대가로 취득하게 되는 공소외 2 회사 100만주의 가치는 실제로 500억 원 이하에 불과하기 때문에 그 차액분에 해당하는 공소외 7 회사의 자산이 감소하게 되어 공소외 7 회사에 손해가 발생하게 될뿐더러 자본충실의 원칙에도

위배되므로, 공소외 7 회사의 경영권을 인수받아 2006. 7. 13. 공소외 7 회사의 대표이사가 된 피고인 1로서는 위와 같은 사실을 잘 알고 있었으므로 공소외 2 회사의 주식을 최소한 5만 원 이하의 적정가치로 재산정하여 교환함으로써 공소외 7 회사의 손해를 방지할 임무가 있다.

그러나 피고인 1은 그 임무에 위배하여 2006. 8. 17. 공소외 2 회사와 공소외 7 회사 주식에 대하여 공소외 2 회사의 1주당 가치를 88,709원으로 산정하여 포괄적 주식교환을 실시하여 2006. 8. 31. 공소외 2 회사 주주들에게 공소외 7 회사 주식을 교부함으로써, 공소외 7 회사에 38,709,000,000원{38,709원(88,709-50,000)×100만주}의 손해를 가하고, 피고인 1은 24,444,733,500원(공소외 2 회사 소유주식 631,500주, 63.15%)의 재산상의 이익을 취득하고, 다른 공소외 2 회사 주주들에게 14,264,266,500원(공소외 2 회사 소유 주식 368,500주, 36.85%)의 재산상의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 판단

(가) 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것인데, 이 경우 그 '임무에 위배하는 행위'라 함은 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함한다고 할 것이고(대법원 2003. 4. 8. 2002도6020 판결, 2006. 11. 10. 선고 2004도5167 판결 등 참조), 이는 타인에 대한 신임관계에서 일정한 임무에 따라 사무를 처리할 법적 의무를 전제로 한다.

(나) 원심은, 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 사실들에 의하여 피고인 1이 공소외 7 회사의 대표이사로 선임되어 공소외 7 회사의 사무를 처리하는 지위에 있게 된 때는 2006. 7. 13.로 이미 공소외 2 회사(대표이사 피고인 1)와 공소외 7 회사(대표이사 공소외 8) 사이에 체결된 포괄적 주식교환계약이 공소외 7 회사의 이사회와 임시 주주총회를 통해 승인되어 유효하게 성립된 이후 이고, 포괄적 주식교환계약이 유효하게 성립된 후에 비로소 공소외 2 회사의 주식과 공소외 7 회사의 주식 사이의 교환비율을 정하는 것이 아니라 이미 포괄적 주식교환계약에 그 교환비율(1 : 41.26)이 정해졌던 것이며, 위 피고인은 공소외 7 회사의 대표이사로 취임한 이후 위 포괄적 주식교환계약을 실행하는 과정에서 주식교환을 실시하였던 것임을 알 수 있는 바, 이러한 사정을 위의 법리에 비추어 볼 때, 비록 위 피고인이 공소외 2 회사의 주식가치가 적정 가격보다 과대평가되어 있다는 사정을 알고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 위의 포괄적 주식교환계약이 당연무효가 되는 것은 아니고, 특별한 사정이 없는 한 위의 교환계약을 취소할 수 있는 것도 아니므로 신의칙상 피고인에게 위의 교환계약에 따른 주식교환행위를 당연히 하지 않

아야 할 것으로 기대할 수는 없는 것이고, 또한 피고인이 위의 교환계약에서 정한 비율과는 달리 공소외 2 회사의 주식을 적정가치로 재산정하여 새로이 교환비율을 정하여 주식교환행위를 하여야 할 것이 당연히 기대된다고 볼 수도 없으므로 피고인이 재산정 절차를 거치지 않고 위의 포괄적 주식교환계약에 따라 주식교환을 실시한 행위가 공소외 7 회사에 대한 업무상 임무에 위배되는 행위라고 할 수 없고, 달리 위 피고인의 주식교환행위가 공소외 7 회사에 대한 임무위배행위에 해당한다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였는바, 원심의 이 같은 판단을 위 법리 및 이 사건 기록과 대조하여 면밀히 검토해보면, 원심이 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 조처는 정당한 것으로 수긍이 되고, 여기에 검사가 지적하는 바와 같은 법리 오해의 잘못이 있다고 보이지 않는다. 검사의 이 부분 항소 논지는 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

가. 공소장 변경 및 예비적 공소사실의 요지{특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)}

(1) 공소장변경

검사는 당심에 이르러 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점에 대하여 예비적으로 죄명을 “특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)”으로 하고, 적용법조를 “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호, 형법 제347조 제1항”으로 하여 공소사실을 아래와 같이 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하여 당원이 이를 허가하였으므로, 그 예비적 공소사실에 대하여 살펴본다.

(2) 예비적 공소사실의 요지

피고인 1은 2005. 8.경부터 공소외 2 회사를 우회상장하기 위한 방안을 모색하여 오던 중, 공소외 2 회사가 매출이 급감하여 2005년도 말부터는 매출이 거의 없게 되자 2006. 1.중순경부터 피고인 2에게 “매출액을 늘릴 수 있는 방법을 찾아보라”고 지시하였고, 피고인 2는 2005. 12말 경 거래처인 공소외 4 회사에 27억 원의 물품을 공급한 것처럼 허위로 세금계산서를 발행하여 2005년 4/4분기 매출액을 27억 원 부풀리고, 다시 2006. 4. 중순경 2006. 1. ~ 3. 기간 중 거래처인 공소외 4 회사에 2006. 1. 31.자로 2,102,909,000원, 2006. 2. 28.자로 2,091,013,000원, 2006. 3. 31.자로 2,300,848,000원 상당의 물품을 공급한 것처럼 3장의 허위 세금계산서를 발행하여 총 64억 9천만 원의 세금계산서를 허위로 발행하는 방법으로 2006년 1/4분기 매출액 9,877,816,439원 중에서 64억 9,477만 원 상당을 부풀렸다.

피고인 1은 공소외 2 회사의 우회상장을 위해 2006. 3. 초순 경 공소외 10 법인에 공소외 2 회사의 주식가치의 평가를 의뢰하면서 위와 같이 허위로 매출액을 부풀린 2005년도 결산보고서와 2006년도 1/4분기 결산보고서를 담당회계사에게 제출하였고, 그 사실을 모르던 담당회계사는 위 허위 판매실적 등을 근거로 2006. 5. 30. 공소외 2 회사의 회사가치를 887억 900만 원으로 평가하여 이를 총 발행주식 100만주로 나누어 공소외 2 회사 주식 1주당 가치를 88,709원으로 과대평가하였다.

또한 피고인 1은 공소외 2 회사의 주식을 2005. 7. 7. 제3시장인 프리보드에 등록하였으나 거의 거래가 이루어지지 않던 중 프리보드 거래를 통하여 공소외 2 회사의 주가를 인위적으로 형성시키기로 마음먹고, 2005. 12. 3. ~ 2005. 12. 22. 기간 중 5회에 걸쳐 공소외 2 회사 주식 2,600주를 주당 25,000원부터 시작하여 차츰 매매가격을 높여 주당 63,800원까지의 가격으로 매매가 되도록 하였다.

한편, 2005. 12. ~ 2006. 3. 기간 중 공소외 2 회사의 시중거래가격은 5만원 미만이고, 이에 따라 공소외 2 회사 주식과 공소외 7 회사 주식의 정상적인 교환비율은 1:23.26 이었다.

피고인 1은 2006. 5. 30. 공소외 31 주식회사 및 공소외 7 회사의 대표이사 공소외 8과 '주식 및 경영권 양수도계약' 및 『공소외 2 회사의 주식 100만주(지분 100%)를 공소외 7 회사에서 양수하고, 공소외 7 회사는 4,126만주{공소외 7 회사 주식 41,260,000주를 새로 발행할 경우 이는 공소외 7 회사의 발행주식 총수 54,624,455주(기존 13,364,455주+신주 41,260,000주)의 75.53%를 차지하고, 공소외 7 회사의 발행주식 총수 대비 대주주 피고인 1의 지분은 52.46%(28,657,385주)가 된다}의 신주를 발행하여 교환(교환비율 1:41.26)하며, 2006. 7. 13. 주주총회를 개최하여 동 계약을 승인하고, 공소외 7 회사의 이사 또는 감사를 새로 선임한다.』라는 취지의 '포괄적 주식교환계약'을 체결함으로써 공소외 7 회사에 대한 사실상의 경영권을 취득하였다. 그런데 위와 같이 피고인 1은 공소외 2 회사의 허위매출계상 사실을 감춘 채 공소외 10 법인으로 부터 공소외 2 회사에 대한 기업가치평가를 받은 것이었고, 공소외 2 회사의 실제 주식가치는 1주당 5만 원 정도였으므로 결국 공소외 2 회사와 공소외 7 회사의 정상적인 주식교환비율은 1:23.26이었음에도 피고인 1은 이러한 사실을 숨긴 채 잘못된 공소외 10 법인의 기업가치평가를 근거로 마치 주식교환비율이 1:41.26인 것처럼 공소외 8을 속이고 포괄적 주식교환계약을 체결한 것이다.

이후 공소외 7 회사의 경영권을 인수받아 공소외 7 회사의 대표이사가 된 피고인 1은 위 주식교환계약에서 공소외 2 회사의 주식가치인 88,709원은 그 가치산정 과정에서 매출액이 과대계상되어 그 가치가 과대평가되었고, 공소외 2 회사 주식의 당시 거래가격이 최대한 5만원 미만이었으

므로 결국 공소외 2 회사 주식과 공소외 7 회사 주식의 정상적인 교환비율은 1:23.26임에도 불구하고 이러한 사실을 숨긴 채 2006. 8. 17. 공소외 2 회사와 공소외 7 회사 주식에 대한 위 계약내용에 따라 교환비율 1:41.26으로 주식교환을 실시하여 2006. 8. 31. 공소외 7 회사로부터 피고인은 공소외 7 회사 주식 11,367,000주(63.15%)를 더 발행받아 시가 22,506,660,000원(2006. 8. 31. 종가 1,980원 × 11,367,000주) 상당의 재산상 이익을 취득하고 그 외 공소외 2 회사 주주들로 하여금 6,633,000주(36.85%)를 더 발행받도록 하여 시가 13,133,340,000원(2006. 8. 31. 종가 1,980^{주5}원 × 6,633,000주) 상당의 재산상 이익을 취득하게 하였다.

나. 판단

(1) 이 부분의 쟁점은 ① 공소외 2 회사의 그 무렵 주식가치가 1주당 5만 원 정도로서 공소외 7 회사 주식과의 정당한 교환비율이 “1:23.26”이었는지 여부와 ② 피고인 1이 2005. 12.부터 2006. 3.까지 4매의 허위 세금계산서를 발행하여 공소외 2 회사의 매출액을 부풀림으로써 위 회사의 주식가치를 과대평가 되도록 기망행위를 하였는지에 있다고 할 것이다.

(2) 먼저, 공소외 2 회사의 그 무렵 주식가치가 1주당 5만 원 정도로서 공소외 7 회사 주식과의 정당한 교환비율이 “1:23.26”이었는지에 관하여 보건대, 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것) 제190조의2 제2항 제2호, 제1항, 구 증권거래법시행령(2008. 2. 29. 대통령령 제20653호로 개정되기 전의 것) 제84조의7 제1항 제2호 나목, 구 증권거래법시행규칙(2008. 3. 3. 총리령 제875호 개정되기 전의 것) 제36조12 제3, 5항에 의하면, 주권상장법인 또는 코스닥상장법인(이하 상장법인이라고 한다)이 상장법인 아닌 법인과 주식의 포괄적 교환 또는 포괄적 이전을 하고자 하는 때에 그 주식의 가치를 평가함에 있어서는, 상장법인 주식의 가치는 최근 유가증권시장 또는 코스닥시장에서의 거래가격으로, 상장법인이 아닌 법인의 주식 가치는 자산가치·수익가치 및 상대가치를 기준으로 하여 자산가치와 수익가치를 가중 산술평균한 가액과 상대가치의 가액을 산술평균한 가액으로 하되, 상대가치를 산출할 수 없는 경우에는 자산가치와 수익가치를 가중산술평균한 가액으로 하며, 위 자산가치·수익가치 및 그 가중산술평균방법과 상대가치의 산출방법은 금융감독위원회가 정하는 바에 의하도록 하고 있는바, 원심과 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면, 공소외 2 회사는 당시 상장법인이 아닌 법인이었으므로 상장법인이었던 공소외 7 회사와의 주식포괄교환 계약을 체결함에 있어 그 주식가치는 거래가격이 아닌 금융감독위원회가 정한 바(위 각 규정 및 유가증권의발행및공시에관한규정 제83조, 같은

규정 시행세칙 제5 내지 9조, 공판기록 제4권 제1602쪽)에 따른 평가를 거친 가액으로 정하였어야 하므로, 검사가 이 부분 공소사실에서 적시한 바와 같이 공소외 2 회사의 거래가격이 5만 원 미만이었음을 전제로 공소외 2 회사와의 적정 교환비율이 1:23.26이었다고 단정하기 어렵다.

(3) 다음으로, 피고인 1이 매출액을 부풀리는 등의 기망행위로 공소외 10 법인을 통하여 공소외 2 회사의 주식가치를 과대평가한 것인지에 관하여 살펴본다.

원심과 당심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정들 즉, ① 공소외 2 회사의 주식가치를 평가한 공소외 10 법인의 회계사 공소외 32와 공소외 33은 앞서 본 규정들에 근거하여 자산가치와 수익가치를 기준으로 주식가치를 평가하였는데, 그 산출방법에서는 위법성을 발견할 수 없는 점(2008고합1308 증거기록 제6책 제5권 제2035쪽 이하 '주식교환, 이전 비율 평가의견서' 참조), ② 피고인 1이 2005. 12. 31.자 세금계산서상 매출액을 부당하게 재무재표상 매출로 인식한 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편, 2005. 12. 31.자 세금계산서는 적법하게 작성, 교부된 것이었고, 비록 기업회계기준상의 매출인식을 잘못된 위법을 저지르긴 하였으나, 이 부분 세금계산서상의 매출세액은 이미 공소외 2 회사가 지급받은 것으로 매출 인식의 시기가 문제였을 뿐 향후 매출로 인식하는 데에는 별다른 문제가 없었을 것으로 보이는 점, ③ 또한 위 피고인이 2006년도 3장의 허위 세금계산서를 교부하였던 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한편 공소외 10 법인의 회계사 공소외 32 등은 위 세금계산서상의 매출이 감사인에 의한 회계감사를 받기 전의 자료로서 신빙성이 높은 자료가 아니라고 판단하고 위 주식가치의 평가에 있어 매출액 추정산식에 반영하지 않은 점(증제46호, 원심 증인 공소외 32의 법정 진술(원심 제8회 공판조서, 공판기록 제4권 제1567쪽)) 등에 비추어보면, 피고인의 위 세금계산서에 따른 매출액 계상이 공소외 2 회사 주식의 가치를 평가함에 있어 기망행위가 되었다고 단정하기 어렵고, 달리 이 부분 공소사실을 인정할 증거가 없다.

(4) 따라서 피고인 1에 대한 이 사건 예비적 공소사실도 이 법원으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명이 되었다고 할 수 없어 범죄사실의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하여야 할 것이나, 위 예비적 공소사실과 동일성이 인정되는 범위 내에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상, 예비적 공소사실에 대하여 따로 주문에서 무죄를 선고하지는 아니한다.

5. 결론

그렇다면, 원심 판결 중 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각하고, 원심 판결 중 유죄 부분에는 직권파기사유가 있을 뿐만 아니라 피고인들의 사실오인 주장도 일부 이유 있으므로 피고인들 및 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채

형사소송법 제364조 제2, 6항에 의하여 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【범죄사실 및 증거의 요지】

이 법원이 인정하는 피고인들에 대한 범죄사실과 그에 대한 증거의 요지는 아래와 같이 고쳐 쓰는 부분 외에는 원심판결의 각 해당란 기재와 같으므로 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

[범죄사실]

사건번호	원심판결문의 기재	고쳐 쓰는 부분
호	제1의 가.항 전부	삭제
합1308	제1의 나.항 제2 내지 8행 “피고인들은 “피고인들은 2006. 4. 중순경 서울 강남구 (이 2006. 1. 중순경 서울 강남구 (이하 생 하 생략)에 있는 공소외 2 회사 사무실에서 별지 2008고 략)에 있는 ~ 2006. 4. 중순경 위 사무실 범죄일람표(2) 순번 제2 내지 4번 기재와 같이	“별지 범죄일람표(6) 기재(단, “공소외 11 명의 로 49,630주 장내매수 및 장내매도 미신고로 인한 부분” 제외)와 같이”로 수정
판결문 제4쪽 제3, 4행 “교부하는 등 ~ 4	장을 작성하여”	삭제
제2의 나.항 제2행 “2006. 3.경”	“2007. 3.경”으로 수정	
2009고 합290	판결문 제8쪽 제4행 “별지 범죄일람표(6) 기재와 같이”	“별지 범죄일람표(6) 기재(단, “공소외 11 명의 로 49,630주 장내매수 및 장내매도 미신고로 인한 부분” 제외)와 같이”로 수정
	제3항 전부	삭제

[증거의 요지]

제9쪽 맨 아랫줄 “1. 공소외 3에 대한 각 검찰 진술조서 사본의 기재”를 삭제

제10쪽 제1행 “공소외 3”을 삭제

제10쪽 제14, “공소외 1 회사 환급내역 및 공소외 2 주식회사 법인세 산출근거 첨부보고(수사기 15행 록 1594면 내지 1596면)”를 삭제

제11쪽 제6행 “공소외 11”를 삭제

제11쪽 제10
행 “공소외 11”를 삭제

제11쪽 제12
행 “공소외 11에 대한 제2회 검찰 진술조서 중 피고인 1 진술부분 각” 부분 삭제

제11쪽 제16, “유관기관 이첩사건 송부(수사기록 2면 내지 5면), 증권거래법 위반 혐의자 통보
17행 (수사기록 6면 내지 17면)” 부분 삭제

제13쪽 [판시 범죄사실 제3항, 2009고합290] 해당란 전부를 삭제

【법령의 적용】

1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

가. 피고인 1 : 각 구 조세범처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제11조의2 제4항 제1호, 형법 제30조(허위 세금계산서 교부의 점), 각 주식회사의 외부감사에 관한 법률(2009. 2. 3. 법률 제9408호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제20조 제2항 제8호, 제13조, 형법 제30조(허위 재무제표 작성·공시의 점), 각 형법 제356조, 제355조 제1항(각 포괄하여, 업무상횡령의 점), 각 구 증권거래법(2007. 8. 3. 법률 제8635호로 폐지되기 전의 것, 이하 같다) 제210조 제5호, 제188조 제6항(주식변동상황 보고의무위반의 점), 각 구 증권거래법 제210조 제5의2호, 제200조의2 제1항(주식 대량보유보고 의무위반의 점)

나. 피고인 2 : 각 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호, 형법 제30조(허위 세금계산서 교부의 점), 각 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제20조 제2항 제8호, 제13조, 형법 제30조(허위 재무제표 작성·공시의 점)

다. 피고인들의 위 각 죄에 대하여 각 징역형 선택

2. 경합범가중

각 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조{ 피고인 1에 대하여는 형 및 범정이 가장 무거운 판시 별지 범죄일람표(3) 기재 업무상횡령죄에 정한 형에, 피고인 2에 대하여는 죄질 및 범정이 가장 무거운 판시 2006년도 분식회계로 인한 주식회사의외부감사에관한법률위반죄에 정한 형에 각 경합범 가중}

3. 집행유예

각 형법 제62조 제1항(아래 양형이유에서 보는 유리한 정상 참작)

【양형의 이유】

피고인들의 이 사건 범행은 실제 물품의 인도가 없었음에도 허위의 세금계산서를 발행하고 잘못된 재무제표를 작성·공시한 것인바, 이러한 행위는 정상적인 거래질서를 왜곡시키고 재무제표의 공시기능을 저해하는 것으로 그 죄책이 결코 가볍지 아니한 점, 피고인들이 계획적으로 위와 같은 범행을 저지른 것인 점, 특히 피고인 1의 경우는 지인들을 내세워 회사가 판매수당과 급여를 지급하게 한 후 이를 횡령하는 등 그 죄질도 좋지 않은 점 등은 피고인들에게 불리한 정상이다.

다만, 피고인들이 이 사건 범행으로 얻은 이익이 별로 없는 것으로 보이고, 동종 전과도 없으며, 자신들의 잘못을 뉘우치고 있는 점 등을 비롯하여 피고인들의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단, 결과 및 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정(특히 피고인 1의 경우는 대법원 양형위원회가 정한 양형기준상의 권고형량(횡령, 배임범죄군 제2유형 감경영역에 해당하는 형량범위에 다수범죄 처리기준에 따라 가중한 수정권고형량 6월 ~ 3년 10월) 및 집행유예기준(긍정 요소 : 실질적 1인 회사, 실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우)을 참작함)을 고려하여 주문과 같은 형을 정하였다.

【무죄부분】

1. 피고인들에 대한 공소외 1 회사로부터의 허위세금계산서 수취로 인한 조세범처벌법위반의 점
피고인들에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 위 제2의 가.항 기재와 같은바, 제2의 라.항에서 본 바와 같이 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 아니하는 때에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고한다.

2. 피고인들의 공소외 4 회사에 대한 2005. 12. 31.자 허위세금계산서 교부로 인한 조세범처벌법위반의 점

피고인들에 대한 이 부분 공소사실의 요지는, “피고인들은 2006. 1. 중순경 공소외 2 회사 사무실에서 피고인 1은 피고인 2에게 회사의 외형가치를 높이기 위해 매출실적을 부풀릴 것을 지시하고, 피고인 2와 재경팀장 공소외 6은 공소외 4 회사에 화장품 등의 물품을 공급한 사실이 없음에도 별지 범죄일람표(2) 순번 제1번 기재와 같이 그 시경 위 사무실에서 2005. 12. 31.

2,647,279,900원 상당의 화장품 등을 공급한 것처럼 허위의 공소외 2 회사 대표이사 피고인 1 명의 세금계산서 1장을 작성하여 공소외 4 회사에 교부하였다.”라는 점에 있는바, 제3의 가.(2)항에서 본 바와 같이 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한다.

3. 피고인 1에 대한 “공소외 11 명의의 주식 보유로 인한 공소외 7 회사 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무 위반, 미공개정보이용금지위반”으로 인한 각 증권거래법위반의 점

피고인 1에 대한 이 부분 공소사실의 요지는 제3의 라.(1)항 기재와 같은바, 제3의 라.(3)항에서 본
 바와 같이 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단
 에 의하며 무죄를 선고한다.

이상의 이유로 주문과 같이 판결한다.

[별지 생략]

재판장	판사	강형주
	판사	김경수
	판사	이한일

주1) 다만, 별지 범죄일람표(6)의 공소외 11 명의 주식 장내매수 미신고로 인한 2006. 11. 10. 기한의 주식 소유상
 황 및 소유주식수변동 보고의무 위반의 점 및 공소외 11 명의 주식 장내매도 미신고로 인한 2006. 12. 11. 기한의
 주식 소유상황 및 소유주식수변동 보고의무 위반의 점은 아래 라.항에서 살펴본다.

주2) 이 부분 공소사실의 범죄일람표(6)에는 이 부분 보고의무위반 회수를 3회로 기재하고 있으나 이는 1회의 오기
 가 명백하다.

주3) 공소외 7 회사의 상호가 2006. 11. 7. 공소외 15 회사로 변경되었으므로, 공소외 15 회사 주식 49,630주는
 결국 위 (가)항의 공소외 7 회사 주식 49,630주와 동일한 것이다.

주4) 공소외 2 회사의 2006년도 추정손익과 실제손익의 차이 (주4의 표와 같다) 공소외 10 법인은 공소외 2 회사
 의 자산가치를 22,875원, 미래의 수익가치를 132,598원으로 평가하고 이를 1:1.5 가중평균하여 그 본질가치(주
 식교환가액) 88,709원으로 평가하였음. 자산가치는 2005. 12. 31. 순자산액가액 22,874,578원을 총발행주식
 수인 100만주로 나누어 산정하여 왜곡가능액을 추정하고 그에 따라 예상 이익을 추정하였는데 그중에서 과거 매
 출액은 미래 매출액을 추정하는 가장 중요한 요소가 되었는데, 2004년, 2005년, 2006. 1/4분기 매출액과 그 증
 가율 등 근거로 2006년 및 2007년도 예상매출액을 추정하였는데, 2005년도의 매출액이 부풀려졌고 특히 2006
 년도 예상매출액 2006년 1/4분기 매출액인 9,877,816,439원(그중 허위매출액 6,494,770,000원)의 약 4배가
 량으로 추정하여 예상 매출액이 과장되었고 그에 따라 예상 영업이익·순이익은 손실까지 발생하였음) 수익가치가
 과대평가되었음, 결국 공소외 2 회사 주식가치 과대평가는 거의 수익가치의 과대평가에 기인함.

주5) 2010. 2. 24.자 공소장변경허가신청서에는 “1,960원”으로 기재되어 있으나, “1,980원”의 오기임이 분명하
 다.