

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2016도10654	가.특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 나.특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 다.특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세) 라.업무상횡령(일부 변경 또는 인정된 죄명 업무상 배임) 마.업무상배임 바.배임수재 사.외국환거래법위반 아.부동산실권리자명의등기에관한법률위반 자.배임증재
피 고 인	피고인 1 외 1인	
상 고 인	피고인 1 및 검사(피고인들에 대하여)	
변 호 인	법무법인(유한) 세종 외 5인	
원 심 판 결	서울고등법원 2016. 6. 24. 선고 2015노478 판결	
판 결 선 고	2020. 10. 15.	

주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분과 공소외 1 주식회사 보유 자산의 담보제공 관련 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

검사의 나머지 상고를 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 서면들의 기재는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 관한 판단

가. 공소의 2 관련 배임수재 부분

1) 배임수재의 부정한 청탁 등의 인정 여부

배임수증죄에서 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단할 때에는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하는 것은 아니다(대법원 1998. 6. 9. 선고 96도837 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 사실을 인정한 후, 다음과 같이 판단하였다. (1) 공소의 2는 피고인 1을 통해 공소의 1 주식회사(이하 '공소의 1 회사'라 한다) 주식을 취득하여 매각함으로써 이익을 획득할 기회를 제공받았던 일에 대한 감사의 표시로 피고인 1에게 판시 그림 5점(이하 통틀어 '이 사건 그림'이라 한다)을 교부하게 된 것이라고 하지만, 이는 이 사건 그림을 교부하기 훨씬 전에 있었던 일로서 위와 같이 여러 차례에 걸쳐 고가의 그림을 교부할 만한 직접적인 이유가 된다고 보기 어렵다. (2) 이 사건 그림은 시가 합계 2억 3,200만 원에 달하는 고가품으로서 일반인의 관점에서 이를 교부하는 행위를 단순한 일상적인 감사의 표시로 보기는 어렵다. (3) 공소의 2 운영의 공소의 3 주식회사(이하 '공소의 3 회사'라 한다)는 매출의 대부분을 공소의 1 회사에 의존함에 따라 피고인 1을 통해 공소의 1 회사와 좋은 거래관계를 유지하는 것이 회사 존립을

위해 필수적이었다. (4) 이 사건 그림이 교부된 시기에 공소외 3 회사의 공소외 1 회사 매장 신축공사 수주액이 특별히 증가하지 않았지만 이는 청탁이 있는 후 부정한 처사를 하였는지 여부에 관한 것으로서 청탁 사실을 인정하는 데에 방해가 되지는 않는다. (5) 이러한 사정을 종합하면 피고인 1이 공소외 1 회사 대표이사로서 공소외 2로부터 공소외 3 회사에 공소외 1 회사 매장 신축공사를 도급 준 대가 및 공소외 3 회사로 하여금 계속하여 공소외 1 회사 매장 신축공사를 수주할 수 있도록 해 달라는 취지의 묵시적인 부정한 청탁을 받고 그 대가로 이 사건 그림을 교부받았다고 판단된다.

위 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 공판중심주의와 직접심리주의, 배임수재죄의 부정한 청탁 및 범의 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

2) 추징의 적법성 여부

구 형법(2016. 5. 29. 법률 제14178호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 형법'이라 한다)은 제357조 제1항에서 '타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자'를 처벌하도록 하면서, 같은 조 제3항에서 "범인이 취득한 제1항의 재물은 몰수하고, 그 재물을 몰수하기 불가능하거나 재산상의 이익을 취득한 때에는 그 가액을 추징한다."라고 규정하고 있다. 따라서 수재자인 피고인이 재산상의 이익을 취득하였거나 취득한 재물을 몰수할 수 없는 경우에만 피고인으로부터 그 가액을 추징할 수 있다.

원심판결 이유와 기록에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다. (1) 피고인 1은 2007. 1.경부터 2008. 8.경까지 공소외 1 회사 대표이사로서 그 임무에 관하여 부정한 청탁을

받고 그에 따른 대가로 공소의 2로부터 이 사건 그림을 교부받았다. (2) 검찰은 2012. 3. 10.경 강원도 (주소 1 생략) ○○○○콘도 △△동 제□□호에서 압수수색영장을 집행하여 이 사건 그림 중 시가 1,000만 원 상당의 공소의 4 작가의 '◇◇' 1점(다만 2개의 그림이 1세트로 구성된 작품이다), 시가 7,500만 원 상당인 공소의 5 작가의 '☆' 1점 등 총 2점의 그림을 압수하였다(수사기록 6권 141~144쪽, 209~220쪽). (3) 그런데 압수된 위 각 그림이 수사 또는 재판 과정에서 가환부되거나 환부되었다는 자료는 기록상 나타나지 않는다.

위 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 범죄행위에 제공된 이 사건 그림 중 2점이 수사기관에 압수된 후 가환부 또는 환부되지 않은 채로 남아 있다면 특별한 사정이 없는 한 몰수의 대상이 될 수 있을 뿐 추징의 대상이 될 수는 없다. 그런데도 원심은 압수된 그림 2점에 대해 몰수를 선고하지 않고 그 시가 합계 8,500만 원을 추징액에 합산하여 총 2억 3,200만 원의 추징을 명하였다. 따라서 원심판결에는 구 형법 제357조 제3항의 추징에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 피고인 1의 상고이유 주장은 이유 있다.

나. 피고인 1 보유 그림 구매 관련 업무상배임 부분

원심은 다음과 같이 판단하였다. (1) 피고인 1이 이사회 결의나 담당 임직원들과의 협의 없이 그림 가격을 1억 원에서 8,000만 원으로 낮추라고 일방적 지시를 하는 등 그림 매매계약 및 가격결정 과정에 실질적으로 관여하였다. (2) 피고인 1이 그림을 구입할 당시 지불하였던 금액이나 공소의 1 회사에 이를 매각할 무렵 해당 작가의 그림에 대한 미술품 거래시장의 평가나 거래가격은, 공소의 1 회사가 피고인 1에게 지불한 위 그림 매매가격에 현저히 미달하였다. (3) 이러한 사정을 종합하면, 피고인 1이 공소

외 1 회사 이사회의 승인을 받지 않은 채 그 소유인 판시 그림 1점을 자기 또는 제3자의 계산으로 공소외 1 회사에 매각한 행위는 대표이사로서 임무위배행위에 해당하고, 이로써 피고인 1은 위 그림에 대한 매매가격과 적정가격의 차액 상당의 재산상 이득을 얻은 반면, 공소외 1 회사는 같은 금액 상당의 재산상의 손해를 입었다고 판단된다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 증거재판주의, 직접심리주의, 업무상배임죄의 임무위배행위, 재산상의 손해 발생 및 배임의 고의 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

다. 공소외 6 주식회사(이하 '공소외 6 회사'이라 한다) 관련 업무상배임 부분

원심은 다음과 같이 판단하였다. (1) 피고인 1이 공소외 1 회사 대표이사로서 인천(지점명 1 생략)과(지점명 2 생략)의 매장 신축공사를 도급 주는 업무를 수행하면서, 자신의 아들 공소외 7이 대표이사로 있던 공소외 6 회사의 시공 실적을 가장하기 위해 다른 공사업체들로부터 받은 공사견적금액에 부가가치세율에 해당하는 10%를 가산한 금액을 공사금액으로 정하여 공소외 1 회사가 공소외 6 회사에 매장 신축공사를 도급 준 후 공소외 6 회사가 다시 해당 공사견적업체에 하도급 주는 것을 승인한 행위는 업무수행을 위한 재량권의 범위를 벗어난 피해자 공소외 1 회사에 대한 배임행위에 해당한다. (2) 공소외 1 회사가 공소외 6 회사에 지급한 공사대금이 다른 공사업체들이 제시한 견적금액보다 낮았더라도 위와 같이 공소외 6 회사를 거래 중간에 끼워 넣을 경우에는 공사견적업체가 공소외 6 회사로부터 하도급 받은 금액과 공소외 1 회사가 공소외 6 회사에 도급한 금액의 차이만큼은 공소외 1 회사에 대해 재산상의 손해로 남게 된다. (3) 피고인 1도 이로 인하여 공소외 1 회사가 공사견적업체들과 직접 계약을 체

결할 경우보다 부가가치세액에 상당하는 공사대금을 더 부담하게 된다는 등의 사정을 충분히 인식할 수 있었으므로 미필적으로나마 재산상 손해발생에 관한 위험성에 대한 인식과 불법영득의사가 있었다.

이 부분 피고인 1의 상고이유 주장은 사실심의 전권인 원심의 사실인정을 다투는 취지에 불과하다. 관련 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보더라도 원심판단에 상고이유 주장과 같은 업무상배임죄에서의 임무위배 여부, 재산상의 손해 발생, 배임의 범의 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

라. 해외 고급주택에 대한 증여세 포탈 관련 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 위반(조세) 부분

구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것. 이하 '구 조세범 처벌법'이라 한다) 제9조 제1항에 규정된 조세포탈죄에서 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적 행위를 말한다. 따라서 다른 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 하는 데 그치는 것은 이에 해당하지 않지만, 과세대상의 미신고나 과소 신고와 아울러 수입이나 매출 등을 고의로 장부에 기재하지 않는 행위 등 적극적 은닉의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 조세의 부과와 징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 만든 것으로 인정할 수 있다. 이때 적극적 은닉의도가 객관적으로 드러난 것으로 볼 수 있는지 여부는 수입이나 매출 등을 기재한 기본 장부를 허위로 작성하였는지 여부뿐만 아니라, 당해 조세의 확정방식이 신고납세방식인지 부과

세방식인지, 미신고나 허위신고 등에 이른 경위 및 사실과 상위한 정도, 허위신고의 경우 허위 사항의 구체적 내용 및 사실과 다르게 가장한 방식, 허위 내용의 첨부서류를 제출한 경우에는 그 서류가 과세표준 산정과 관련하여 가지는 기능 등 제반 사정을 종합하여 사회통념상 부정이라고 인정될 수 있는지에 따라 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 21. 선고 2013도13829 판결 등 참조).

원심은 다음과 같이 판단하였다. (1) 원심 판시 미국 캘리포니아주 소재 콘도미니엄 ▽▽▽호(이하 '이 사건 해외 고급주택'이라 한다)는 피고인 1이 공소외 7에게 증여한 것이다. (2) 피고인 1은 이주비 명목으로 해외에 금원을 송금할 수 있게 되자, 사실은 공소외 7의 이 사건 해외 고급주택 구입에 사용할 자금임에도, 마치 피고인 1의 해외 이주비로 송금하는 것처럼 가장하여 자신의 명의로 된 원심 판시 캐나다 은행계좌로 자금을 송금하고, 다시 이를 국내에서는 그 인출의 용도를 쉽게 확인하기 어려운 공소외 7 명의의 원심 판시 미국 은행계좌로 송금하여 이 사건 해외 고급주택의 구입자금으로 사용하게 하였다. (3) 이로써 피고인 1이 공소외 7에게 이 사건 해외 고급주택을 증여한 행위는 조세의 부과 및 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다.

위 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 해외 고급주택의 증여, 구 조세법 처벌법 제9조 제1항의 '사기 기타 부정한 행위' 및 그 위반의 범의 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결들은 이 사건과 사안이 다르므로 이 사건에 원용하기에 적절하지 않다.

마. 공소의 8로부터의 금전 수령 관련 외국환거래법 위반 부분

구 외국환거래법(2009. 1. 30. 법률 제9351호로 개정되기 전의 것. 이하 '구 외국환거래법'이라 한다)은 거주자와 비거주자 간 또는 비거주자 상호 간의 거래 또는 행위에 따른 채권·채무의 결제에서 거주자가 외국환업무취급기관을 통하지 아니하고 지급 등을 하는 경우에는 원칙적으로 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 지급 등의 방법에 대하여 재정경제부장관에게 미리 신고하도록 하면서, 통상적으로 행하여지는 거래로서 재정경제부장관이 정하는 경우에 대해 예외적으로 위 신고의무를 면제하고 있다(제16조 제4호). 나아가 위와 같은 신고의무 있는 사람이 신고를 하지 않거나 허위로 신고하고 지급 등을 한 때에는 2년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제28조 제1항 제2호).

한편 구 외국환거래법 제16조에 규정된 신고의무가 면제되는 예외 사유로서, 구 외국환거래규정[국세청고시 제2007-62호로 2007. 12. 17. 개정되어 2008. 1. 1. 시행된 것. 이하 '구 외국환거래규정(제2007-62호)'이라 한다]은 '거주자가 외국환은행을 통하지 아니하고 지급수단을 영수하고자 하는 경우' 등을 규정하고 있다(제5-11조 제1항). 또한 구 외국환거래법은 '지급수단'을 '정부지폐·은행권·주화·수표·우편환·신용장', '대통령령이 정하는 환어음·약속어음 기타의 지급지시', '증표·플라스틱카드 또는 그 밖의 물건에 전자 또는 자기적 방법으로 재산적 가치가 입력되어 불특정 다수인간에 지급을 위하여 통화와 같음하여 사용할 수 있는 것' 중 어느 하나에 해당하는 것이라고 규정하면서(제3조 제3호), '대외지급수단'을 '외국통화, 외국통화로 표시된 지급수단 기타 표시통화에 관계없이 외국에서 사용할 수 있는 지급수단'(같은 조 제4호)으로, '내국지급수단'을 '대외지급수단 외의 지급수단'(같은 조 제5호)으로 각각 규정하고 있다.

이와 같은 관련 규정의 문언 및 체계를 종합해 볼 때, 구 외국환거래법상 대외지급수단은 내국지급수단과 함께 '지급수단'의 특수한 유형 중 하나라고 봄이 상당하다. 따라서 거주자가 해외에서 외국환은행을 통하지 아니한 채 '대외지급수단'을 영수한 경우도 구 외국환거래규정(제2007-62호) 제5-11조 제1항에서 정한 '거주자가 외국환은행을 통하지 아니하고 지급수단을 영수하고자 하는 경우' 중에 포함되고, 이는 구 외국환거래법 제16조 제4호에 규정된 신고의무가 면제되는 예외 사유에 해당함으로써 같은 법 제28조 제1항 제2호 소정의 처벌대상에서 제외된다고 보아야 한다.

그럼에도 원심은, 거주자인 피고인 1이 공소외 7 명의의 판시 미국 은행 계좌를 통해 공소외 8로부터 외국통화로서 대외지급수단인 동시에 지급수단인 미화 30만 불을 송금 받은 행위를 구 외국환거래법 제28조 제1항 제2호, 제16조 제4호를 위반한 행위라고 보아 유죄로 인정하였다. 이러한 원심판단에는 구 외국환거래법 제3조에서 정한 지급수단과 대외지급수단의 의미, 구 외국환거래법상 신고의무가 면제되는 거래의 범위 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 피고인 1의 상고이유 주장은 이유 있다.

바. 미신고 해외펀드투자 자본거래 중 '○○○○○ 인베스트먼트'에 대한 금원 대여 행위 관련 외국환거래법 위반 부분

원심은 다음과 같이 판단하였다. (1) 비거주자인 ○○○○○ 인베스트먼트에 자금을 대여할 당시 피고인 1은 거주자로서 해외직접투자의 신고의무가 면제되는 구 외국환거래규정(기획재정부고시 제2009-18호, 2009. 9. 30. 개정 및 시행된 것) 제9-5조 제1항에서 정한 '해외이주 수속 중'에 있었다고 보기 어렵다. (2) 피고인 1과 ○○○○○ 인베스트먼트 간 자본거래가 있는 후인 2011. 7. 25. 대통령령 제23041호로 구 외환거래

법 시행령 제40조 제2호가 개정됨에 따라 구 외국환거래법 제29조 제1항 제6호, 제18조 제1항 본문에 따른 처벌대상에서 제외되는 자본거래액의 기준이 '10억 원' 이하에서 '50억 원' 이하로 상향되었다. 그러나 이는 다른 사정의 변천에 따라 특수한 필요에 대처하기 위하여 법령이 개폐된 경우에 불과하고 범죄 후 법적 견해의 변경에 따른 반성적 고려로 인한 형의 폐지가 있는 경우라고 할 수 없다. (3) 따라서 피고인 1의 행위는 거래 당시 시행 중이던 개정 전 외환거래법 시행령의 관련 규정에 따라 처벌대상이 된다.

이 부분 상고이유 주장은 원심의 사실인정 및 이에 기초한 판단을 다투는 취지로서 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 다투는 것이다. 나아가 관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보더라도, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 거주자의 해외직접투자 신고의무가 면제되기 위한 요건으로서 '해외이주 수속 중인 개인'의 의미, 범죄 후 법률변경에 따른 신법의 적용 여부 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

2. 검사의 상고이유에 관한 판단

가. 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11 관련 각 배임수재 부분

구 형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하고 같은 조 제2항의 배임증재죄는 제1항의 재물 또는 이익을 공여한 경우에 성립하는 것으로서, 법문상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받았다 하더라도 자신이 아니라 다른 사람으로 하여금 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우

에는 위 죄가 성립하지 않음이 명백하다. 다만, 그 다른 사람이 부정한 청탁을 받은 자의 사자 또는 대리인으로서 재물 또는 재산상 이익을 취득한 경우나 그 밖에 평소 부정한 청탁을 받은 자가 그 다른 사람의 생활비 등을 부담하고 있었다거나 혹은 그 다른 사람에 대하여 채무를 부담하고 있었다는 등의 사정이 있어 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받음으로써 부정한 청탁을 받은 자가 그만큼 지출을 면하게 되는 경우 등 사회통념상 그 다른 사람이 재물 또는 재산상 이익을 받은 것을 부정한 청탁을 받은 자가 직접 받은 것과 같이 평가할 수 있는 관계가 있는 경우에는 위 죄가 성립될 수 있다(대법원 2006. 12. 22. 선고 2004도2581 판결 등 참조).

원심은 다음과 같은 이유로 이 부분 공소사실들을 모두 무죄로 판단하였다. 검사가 제출한 증거만으로는, (1) 공소외 1 회사의 납품업체인 공소외 12 주식회사를 운영하는 공소외 9가 공소외 13에게 돈을 지급한 것을 피고인 1에게 지급한 것과 동일하게 평가하기에는 부족하고, (2) 피고인 1이 '◁◁◁'를 운영하는 공소외 10으로부터 판촉물을 계속 납품할 수 있게 해달라는 취지의 부정한 청탁을 받았다고 인정하기에 부족하며, (3) 공소외 11이 피고인 1에게 명시적 또는 묵시적으로 납품에 관한 청탁을 하였다거나 부정한 청탁의 취지로 공소외 14에게 돈을 지급한 것으로 보기는 어렵다.

이 부분 상고이유 주장은 원심의 사실인정 및 이에 기초한 판단을 다투는 취지로서 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 다투는 것이다. 또한 위 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같이 배임수재죄의 부정한 청탁, 제3자가 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우 배임수재죄의 성립요건 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

나. 공소외 15 주식회사(이하 '공소외 15 회사'라 한다) 관련 배임수재 부분

원심은 판시와 같은 이유로, 검사가 제출한 증거만으로는 공소외 16이 공소외 15 회사로부터 받은 연봉이 피고인 1에게 전달되었다거나 피고인 1이 공소외 16의 명의를 이용하여 공소외 15 회사로부터 연봉 명목으로 재산상의 이익을 취득하였다고 볼 수 없고, 공소외 16이 공소외 15 회사로부터 급여를 받은 것을 피고인 1이 받은 것과 동일하게 평가할 수는 없다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 배임수재죄의 성립요건 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

다. 공소외 17 관련 배임수재 부분

원심은 판시와 같은 이유로, 검사가 제출한 증거만으로는 공소외 17이 2009. 3.경 청탁의 대가로 피고인 1에게 현금 1,000만 원을 지급하였다는 사실에 대한 증거가 부족하고, 공소외 17이 대주주인 공소외 18 주식회사(이하 '공소외 18 회사'라 한다)는 피고인 1이 설립하여 공소외 19를 통해 관리함으로써 사실상 피고인 1 소유의 회사임을 전제로 공소외 17이 피고인 1에게 공소외 18 회사가 공소외 1 회사의 구매대행업체로 선정될 수 있도록 부정청탁을 할 필요성은 없었다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 배임수재죄의 성립요건 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

라. 공소외 7에 대한 유학자금, 급여 지급 관련 업무상횡령 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, (1) 피고인 1이 공소외 7을 공소외 1 회사의 직원

인 것처럼 가장하여 공소외 7에게 해외 연수기간 동안 유학자금과 직원 급여를 지급함으로써 업무상횡령을 하였다고 볼 수 없고, (2) 공소외 7이 해외파견 기간 중에 회사에 알리지도 않고 근무지를 벗어나 미국에 일시 체류하였더라도 여전히 공소외 1 회사의 직원 신분이었고 그와 같이 근무지를 벗어나 임무를 해태한 직원에게 급여 지급을 계속하였다는 사정만으로 대표이사에게 형법상 업무상횡령죄의 책임이 있다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 업무상횡령죄의 성립요건 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

마. 공소외 14로부터의 그림 구매 관련 업무상배임 부분

원심은, 피고인 1이 자신의 딸인 공소외 14와 공소외 1 회사 간에 있었던 판시 공소외 14가 그린 그림에 관한 구매과정에 개입하거나 구매조건 등에 관하여 제대로 알지 못하였고 공소외 1 회사 측이 공소외 14로부터 그림을 구매한 후에야 그러한 사실을 알게 되었을 뿐이며, 공소외 1 회사와 공소외 14 사이의 위 그림 구매를 피고인 1과 공소외 1 회사 사이의 대표이사의 자기거래로 볼 수 없고, 피고인 1이 위 그림 구매를 기화로 적정 구매대금을 초과한 금액 상당을 피해자 공소외 1 회사로부터 불법적으로 영득할 의사가 있었다고 보기도 어렵다는 등의 이유로, 원심에서 변경된 업무상배임의 공소사실을 무죄로 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 업무상배임죄의 임무위배행위, 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

바. 이사회 결의 없이 증액된 피고인 1의 급여 관련 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 위반(횡령) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 피고인 1이 대표이사로서 자신의 보수를 결정할 때에 정관 등에 규정된 이사회 결의절차를 거치지 않은 잘못이 있지만, 검사가 제출하는 증거만으로는 피고인 1에게 판시와 같이 증액된 연봉에 대한 불법영득의 의사가 있었다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 정관에서 정한 이사회 결의를 거치지 않는 등 절차상의 하자과 업무상횡령죄의 불법영득의사의 인정 여부 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

사. 공소외 1 회사 보유 자산의 담보제공 관련 특정경제범죄법 위반(배임) 부분

1) 공소사실의 요지

피고인 1은 공소외 1 회사의 대표이사 겸 대주주로서 주주들의 보유 주식을 양도하는 방식으로 공소외 1 회사를 매각하면서 개인적 이익을 얻기 위해 다른 이사들과 공모하여, 인수자인 공소외 20 회사가 공소외 21 주식회사(이하 '공소외 21 회사'라 한다)를 통해 공소외 22 주식회사(이하 '공소외 22 은행'이라 한다) 등 원심 판시 대주단(이하 '대주단'이라 한다)으로부터 공소외 1 회사 인수자금 대출을 받을 때 공소외 21 회사와 대주단 사이에 체결된 원심 판시 인수자금 대출약정(이하 '이 사건 대출계약'이라 한다)에서 정한 조건에 따라 공소외 1 회사로 하여금 그 보유 부동산에 관하여 원심 판시 근저당권(이하 '이 사건 근저당권'이라 한다)을 설정하게 하는 등 임무에 위배되는 행위를 함으로써, 공소외 20 회사로 하여금 대출이 실행된 인수자금 약 2,408억

원 상당의 재산상 이익을 얻게 하고, 피해자 공소외 1 회사에는 같은 액수의 재산상 손해를 가하였다.

2) 원심의 판단

원심은 다음과 같은 이유를 들어, 검사가 제출하는 증거만으로는 피고인 1이 업무상 임무에 위배하여 공소외 21 회사가 인수자금 대출을 받을 수 있도록 공소외 1 회사 소유 부동산을 담보로 제공함으로써 공소외 21 회사가 담보가액만큼 이득을 취하고 공소외 1 회사에게 그만큼의 재산상 손해가 발생하였다고 보기 부족하다고 판단하여, 검사의 사실오인 및 법리오해에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

가) 이 사건 근저당권설정계약서상 공소외 1 회사와 공소외 21 회사의 합병 전까지 이 사건 근저당권의 피담보채무에는 공소외 1 회사의 채무만이 포함되므로 공소외 1 회사가 그 소유 부동산을 이 사건 대출계약에 따라 공소외 21 회사가 채무자로 된 인수자금 대출금(이하 '이 사건 대출금'이라 한다) 채무를 위한 담보로 제공했다고 볼 수는 없다.

나) 합병이 예정된 상황에서 합병 후 공소외 1 회사가 승계할 이 사건 대출금 채무까지 담보할 수 있도록 이 사건 근저당권의 채권최고액을 6,136억 원으로 높게 설정해 줌으로써 공소외 1 회사로서는 부동산 담보가치 활용에 제한이 있었더라도, 그러한 사정만으로는 주주, 채권자의 이익에 대한 침해가 없고 공소외 1 회사의 파산가능성이 증대하는 등 재산상 손해가 발생하였다고 볼 수는 없다.

다) 공소외 1 회사는 합병을 통해 공소외 21 회사가 부담하던 채무뿐만 아니라 보유하고 있던 자산까지 인수하게 되는데 공소외 21 회사가 합병기일 전인 2005. 11. 4.경까지 지분투자 또는 장기차입 명목으로 인수자 측으로부터 지급받은 금액이 약 3,100

억 원에 달하므로 공소외 1 회사가 공소외 21 회사를 흡수합병하는 과정에서 이 사건 대출금 채무만큼 재산상 손해를 입게 된다고 보기 어렵다.

라) 이 사건 대출계약 중 공소외 1 회사가 채무자로 되어 있는 '대출 D' 부분은 이 사건 대출금 채무 중 공소외 21 회사의 '대출 C' 부분의 대환 및 운전자금 명목으로 받은 것이나, 공소외 1 회사에 누적이익이 발생하여 동액 상당의 배당을 공소외 21 회사에게 할 수 있게 될 때에만 그 한도 내에서 인출이 가능한 것이므로 공소외 1 회사에 재산상의 손해 발생의 위험이 된다고 볼 수는 없다.

마) 피고인 1이 공소외 20 회사가 지명한 공소외 23, 말레이시아인 공소외 24로 하여금 공소외 1 회사의 이사로 선임될 수 있게 하여 2005. 4. 6.경 차주가입증서, 근저당권설정계약 관련 서류를 공소외 1 회사 이사회가 승인하여 대주단에 제출할 수 있게 하였더라도, 위와 같이 차주가입증서의 제출이나 근저당권설정으로 인해 공소외 1 회사가 공소외 21 회사의 채무에 대한 차주가 되거나 담보책임을 부담하게 되는 것은 아닐뿐더러, 공소외 20 회사가 공소외 1 회사의 대주주 지위를 취득할 때까지는 공소외 1 회사의 기존 경영진이 이사회 과반수를 유지하게 함으로써 공소외 20 회사가 이사회를 장악할 수 없도록 하였던 것으로 보이는 이상, 이로 인해 공소외 1 회사가 재산상 손해를 입은 것도 아니다.

3) 대법원의 판단

가) 관련법리

(1) 이른바 차입매수 또는 LBO(Leveraged Buy-Out의 약어이다)란 일의적인 법적 개념이 아니라 일반적으로 기업인수를 위한 자금의 상당 부분에 관하여 피인수회사의 자산을 담보로 제공하거나 그 상당 부분을 피인수회사의 자산으로 변제하기로 하

여 차입한 자금으로 충당하는 방식의 기업인수 기법을 일괄하여 부르는 용어로, 거래 현실에서 그 구체적인 태양은 매우 다양하다. 이러한 차입매수에 관하여는 이를 따로 규율하는 법률이 없는 이상 일률적으로 차입매수방식에 의한 기업인수를 주도한 관련 자들에게 배임죄가 성립한다거나 성립하지 아니한다고 단정할 수 없고, 배임죄의 성립 여부는 차입매수가 이루어지는 과정에서의 행위가 배임죄의 구성요건에 해당하는지 여부에 따라 개별적으로 판단되어야 한다(대법원 2010. 4. 15. 선고 2009도6634 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2010도1544 판결 등 참조).

형법 제355조 제2항은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 배임죄가 성립한다고 규정하고 있고, 형법 제359조는 그 미수범은 처벌한다고 규정하고 있다. 이와 같이 형법은 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위를 할 것과 그러한 행위로 인해 행위자나 제3자가 재산상 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가할 것을 배임죄의 객관적 구성요건으로 정하고 있으므로, 타인의 사무를 처리하는 자가 배임의 범의로, 즉 임무에 위배하는 행위를 한다는 점과 이로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한다는 점에 대한 인식이나 의사를 가지고 임무에 위배한 행위를 개시한 때 배임죄의 실행에 착수한 것이고, 이러한 행위로 인하여 자기 또는 제3자가 이익을 취득하여 본인에게 손해를 가한 때 기수에 이른다. 또한 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 한다(대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결 등

참조).

한편 주식회사 상호 간 및 주식회사와 주주는 별개의 법인격을 가진 존재로서 동일인이라 할 수 없으므로 1인 주주나 대주주라 하여도 그 본인인 주식회사에 손해를 주는 임무위배행위가 있는 경우에는 배임죄가 성립하고, 회사의 임원이 그 임무에 위배되는 행위로 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 이로써 배임죄가 성립하며 위와 같은 임무위배행위에 대하여 사실상 주주의 양해를 얻었다고 하여 본인인 회사에게 손해가 없었다거나 또는 배임의 범의가 없었다고 볼 수 없다(대법원 1983. 12. 13. 선고 83도2330 전원합의체 판결, 대법원 2006. 11. 9. 선고 2004도7027 판결, 대법원 2011. 9. 29. 선고 2011도1764 판결 등 참조).

기업인수에 필요한 자금을 마련하기 위하여 그 인수자가 금융기관으로부터 대출을 받고 나중에 피인수회사의 자산을 담보로 제공하는 방식을 사용하는 경우, 피인수회사로서는 주채무가 변제되지 아니할 경우에는 담보로 제공되는 자산을 잃게 되는 위험을 부담한다. 그러므로 위와 같이 인수자만을 위한 담보제공이 무제한 허용된다고 볼 수는 없고, 인수자가 피인수회사의 담보제공으로 인한 위험 부담에 상응하는 대가를 지급하는 등의 반대급부를 제공하는 경우에 한하여 허용될 수 있다. 만일 인수자가 피인수회사에 아무런 반대급부를 제공하지 않고 피인수회사의 대표이사가 임의로 피인수회사의 재산을 담보로 제공하게 하였다면, 인수자 또는 제3자에게 담보 가치에 상응한 재산상 이익을 취득하게 하고 피인수회사에 그 재산상 손해를 가하였다고 봄이 상당하다(대법원 2015. 4. 23. 선고 2014도17703 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도1283 판결, 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007도5987 판결 등 참조).

(2) 한편 근저당권설정계약서가 부동산자로 인쇄된 일반거래약관의 형태를 취하고 있다고 하더라도 이는 처분문서이므로 그 진정 성립이 인정되는 때에는 특별한 사정이 없는 한 그 계약서의 문언에 따라 의사표시의 내용을 해석하여야 하고 다만 그 근저당권설정계약 체결의 경위와 목적, 피담보채무액, 근저당권설정자와 채무자 및 채권자와의 상호관계 등 제반 사정에 비추어 당사자의 의사가 계약서 문언과는 달리 일정한 범위 내의 채무만을 피담보채무로 약정한 취지라고 해석하는 것이 합리적이라고 인정되는 경우에는 당사자의 의사에 따라 그 담보책임의 범위를 제한할 수 있다(대법원 2016. 3. 10. 선고 2015다237106 판결).

나) 인정사실

원심판결 이유와 적법하게 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

(1) 공소외 20 회사는 2004. 3.경 기업인수 및 매각을 통한 차익의 실현을 주된 사업으로 하여 설립된 사모투자회사로, 2005. 1. 26. 공소외 1 회사 주식 100%를 보유할 특수목적법인인 공소외 21 회사를 설립하였다. 공소외 21 회사는 2005. 3. 22. 대주단과 총 4,720억 원의 이 사건 대출계약을 체결하였다.

(2) 이 사건 대출계약은 총 대출액 4,720억 원을 5개의 서로 다른 개별 대출('Facility A, B, C, D, E', 이하에서는 각 '대출 A, B, C, D, E'로 특정한다)로 구분하였는데, 그중 2,550억 원(대출 B, C)의 차주는 공소외 21 회사이고, 나머지 2,170억 원의 차주(대출 A, D, E)는 공소외 1 회사이다. 공소외 1 회사가 대출받은 A, D, E 부분은, 공소외 1 회사의 운전자금을 지원하기 위한 목적뿐만 아니라 공소외 21 회사의 인수대금 마련을 위한 대출 C 부분 및 공소외 1 회사의 기존 장기대출금을 더 높은 이자율로 대환하기 위한 이른바 '리파이낸싱(Re-financing)' 목적의 대출이다.

(3) 이 사건 대출계약은, 공소외 21 회사가 대출실행일인 2005. 4. 6.경까지 공소외 1 회사가 이 사건 대출계약의 내용을 승인하여 공소외 21 회사와 더불어 차주가 되는 것과 공소외 1 회사가 자신의 채무 및 다른 채무자들이 인수과정에서 부담하는 합법적인 채무에 대해 근저당권설정계약에 의한 담보를 설정하는 것을 인수자금 대출 실행의 선행조건으로 정하고 있다. 그리고 공소외 21 회사가 장래 취득할 공소외 1 회사 주식과 보유예금 및 공소외 20 회사가 조세 회피를 위해 네덜란드에 설립한 공소외 21 회사의 지분 100%를 지배하는 특수목적법인인 '(특수목적법인명 생략)'(이하 '공소외 25 법인'이라 한다)가 보유한 공소외 21 회사 주식 전부에 관한 근질권설정계약서를 제출하도록 되어 있다. 아울러 위 대출실행일로부터 27개월 내에 공소외 21 회사와 공소외 1 회사 중 어느 한 회사를 존속회사로 한 합병절차를 진행할 것을 정하면서, 합병기일에 공소외 21 회사와 공소외 1 회사의 재무제표상 모든 채무는 합병 후 존속회사로 귀속되고, 공소외 21 회사와 공소외 1 회사가 대주단을 위해 제공한 모든 담보는 기존의 우선순위를 유지하면서 존속회사에 대해서도 효력을 갖도록 정하고 있다.

(4) 공소외 1 회사는 2005. 4. 6.경 대주단에게 '공소외 1 회사가 이 사건 대출계약의 차주로 가입하며, 차주로서 이 사건 대출계약상의 약정내용에 구속됨에 동의한다.'라는 내용의 차주가입증서(Borrower Accession Deed)를 제출하였고, 그 무렵 대주단과 공소외 1 회사 본사 건물 대지인 서울 (주소 2 생략) 토지를 비롯하여 공소외 1 회사가 소유한 223개 토지 및 건물에 관한 근저당권설정계약을 체결하고, 2005. 4. 13. 등기원인 2005. 4. 9. 설정계약, 채권최고액 6,136억 원, 채무자 공소외 1 회사, 근저당권자 공소외 22 은행 등으로 된 이 사건 근저당권설정등기를 각 마쳤다.

(5) 한편 공소외 1 회사는 2005. 4. 6. 이사회를 개최하여 이 사건 대출계약의

체결, 차주가입증서의 작성 및 제출, 대주단에 대한 담보제공, 공소외 20 회사 측 이사 공소외 23의 대표이사 선임을 승인하였고, 대주단은 2005. 4. 6.경 공소외 1 회사와 공소외 21 회사에게 이 사건 대출계약에 따른 대출금 지급을 개시하였다.

(6) 근저당권설정자인 공소외 1 회사와 근저당권자인 대주단 사이에 2005. 4. 6.경 작성된 영문본 근저당권설정계약서에는 이 사건 근저당권의 피담보채권에 관하여 공소외 1 회사와 공소외 21 회사의 합병 전에는 공소외 1 회사만을 채무자로 하고, 합병 후에는 합병법인을 채무자로 한다는 취지의 기재가 있다.

반면 2005. 4. 22.경 등기소에 제출된 2005. 4. 9.자 국문본 근저당권설정계약서 제2조에는 '근저당권설정자는, 근저당권설정자 및 공소외 21 회사가 채권자에 대하여 대출계약들 및 관련 금융계약에 따라 기왕 현재 부담하고 있거나 장래 부담하게 되는 모든 채무(피담보채무)를 담보코자 근저당권자들이 취득하는 다른 담보와 공동으로 근저당권자들에게 별지2목록 기재 부동산에 제1순위 포괄근저당권을 설정한다'고 기재되어 있다.

위 국문본 근저당권설정계약서 근저당권자 목록 및 이 사건 근저당권의 근저당권자로 등재된 공소외 26 유한회사(이하 '공소외 26 회사'라 한다)는 이 사건 대출계약에 따라 공소외 21 회사에 대하여 대출(B, C) 중 400억 원을 대출한 금융기관이다.

(7) 공소외 27 회계법인이 작성한 공소외 21 회사에 대한 2005회계연도 감사보고서에 따르면, 대차대조표에 2005. 12. 31. 기준 대주단에 대한 장기차입금 부채 1,764억 원이 계상되어 있고, 이에 대해 재무제표에 관한 주석 6항에는 "상기 장기차입금은 전액 공소외 1 회사 지분매입을 위한 인수금융 대출이며, 이와 관련하여 회사의 주식과 예금 및 회사가 보유하고 있는 공소외 1 회사 주식 등이 담보로 제공되어

있습니다. 또한 회사의 차입금 약정 및 특수관계자인 공소외 1 회사의 차입금 약정과 관련하여 공소외 1 회사의 건물 및 토지가 공소외 22 은행 외 10개 금융기관(채권최고액 6,136억 원)에 담보로 제공되어 있습니다."라고 기재되어 있다.

(8) 공소외 21 회사는 2005. 4. 6.경부터 2006. 3. 14.경까지 이 사건 대출계약에 의해 실행된 대출금 등으로, 2004. 12. 말 기준으로 지분 13.97%를 보유한 최대주주인 피고인 1 등 공소외 1 회사 기존 주주들로부터 주식을 매수하거나 포괄적 주식교환을 하여 공소외 1 회사 주식 100%를 보유하게 되었다. 공소외 1 회사와 공소외 21 회사는 2007. 5. 31. 공소외 1 회사를 합병 후 존속회사로, 공소외 21 회사를 합병 후 소멸회사로 하는 흡수합병(이하 '이 사건 합병'이라 한다)을 하였다.

다) 이 사건 근저당권의 피담보채무 범위에 관한 판단

위와 같은 사실관계 및 이를 통해 알 수 있는 이 사건 대출계약 체결의 경위와 목적, 채무의 성립 경위, 채무액과 이 사건 근저당권의 채권최고액의 관계, 근저당권설정자와 채무자 및 채권자의 상호관계 등 다음과 같은 사정을 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소외 1 회사가 2005. 4. 13. 이 사건 근저당권을 설정할 당시 이 사건 근저당권의 피담보채무에는 등기원인서류로 제출된 2005. 4. 9.자 국문본 근저당권설정계약서의 기재와 같이 공소외 1 회사의 대출금 채무 2,170억 원뿐만 아니라 공소외 21 회사의 대출금 채무 2,550억 원도 포함되었다고 볼 여지가 크다.

(1) 이 사건 대출계약은 공소외 1 회사 인수를 위한 인수자금 조달이라는 공소외 20 회사의 필요에 의해 공소외 20 회사가 설립한 특수목적법인인 공소외 21 회사와 대주단 사이에 체결되었다. 반면 공소외 1 회사는 자신의 기업운영을 위한 필요에 의해서가 아니라 기업합병의 피인수자의 지위에서 인수자인 공소외 20 회사의 요청

에 따라 이 사건 대출계약의 내용을 승인하고 위 대출계약에서 정한 바에 따라 이 사건 근저당권을 설정한 것이다.

(2) 이 사건 대출계약에는 공소외 1 회사가 자신의 부동산에 대하여 설정하는 근저당권이 다른 채무자의 인수과정에서 부담하는 채무도 담보하도록 규정하고 있는데, 여기서 다른 채무자란 이 사건 공소외 1 회사의 인수과정에 비추어 볼 때 공소외 21 회사를 의미하는 것으로 봄이 타당하다. 결국 이 사건 대출계약을 체결할 당시 계약당사자인 대주단과 공소외 21 회사, 공소외 20 회사는 공소외 1 회사 소유 부동산에 대한 근저당권으로 공소외 21 회사가 인수과정에서 부담하게 되는 채무까지 담보하는 점에 대해 의사의 합치가 있었고, 공소외 1 회사는 대주단에 차주가입증서를 제출함으로써 위 대출계약의 약정내용에 동의한 것으로 볼 수 있다.

(3) 등기부상 이 사건 근저당권의 등기원인은 2005. 4. 9.자 근저당권설정계약으로 되어 있으므로, 이 사건 근저당권의 채무자와 피담보채무도 2005. 4. 9. 작성된 국문본 근저당권설정계약서에 따라 정해져야 한다. 위 근저당권설정계약서에는 이 사건 근저당권의 피담보채권으로 공소외 1 회사 및 공소외 21 회사가 채권자에 대하여 이 사건 대출계약에 따른 채무를 담보한다는 취지로 기재되어 있다. 한편 위 근저당권설정계약서에는 2005. 4. 6. 즈음 작성된 것으로 보이는 영문본 근저당권설정계약서의 내용이 우선한다는 취지의 기재가 있고, 위 영문본 근저당권설정계약서에는 합병 전에는 공소외 1 회사의 채무만 담보하고 공소외 21 회사의 채무는 담보하지 않는다는 취지의 기재가 있으나, 국문본 근저당권설정계약서가 영문본 근저당권설정계약서보다 시기적으로 뒤에 작성되었고 등기소에 등기원인서류로 제출된 점 등을 고려할 때, 이 사건 근저당권설정계약 당사자들의 실질적인 의사가 국문본 근저당권설정계약서의 내용

보다 위 영문본 근저당권설정계약서의 내용에 부합한다고 단정하기 어렵다.

(4) 더구나 이 사건 대출계약에 의할 때 공소외 26 회사는 공소외 21 회사의 채권자일 뿐 공소외 1 회사에 대해서는 아무런 채권을 가지고 있지 않음에도 위 국문본 근저당권설정계약서와 이 사건 근저당권에 채권자로 기재·등기되어 있다. 이는 합병 전에는 공소외 1 회사에 대한 채권만을 담보한다는 영문본 근저당권설정계약서의 취지와 맞지 않는다.

(5) 합병 전 공소외 21 회사에 대한 2005회계연도 감사보고서에 이 사건 대출계약에 따른 공소외 21 회사의 채무는 이 사건 근저당권에 의해 담보되고 있다는 취지로 기재되어 있기도 하다.

(6) 공소외 21 회사는 이 사건 대출계약에 따라 담보로 공소외 21 회사가 장래 취득할 공소외 1 회사 주식, 보유예금과 공소외 25 법인이 보유한 공소외 21 회사 주식 전부에 관한 근질권설정계약서를 제출하도록 되어 있는데, 이는 공소외 21 회사의 대출금이 2,550억 원인 점에 비추어 볼 때 담보로서 충분해 보이지 않는다. 반면 공소외 1 회사는 이 사건 대출계약에 따라 2,170억 원을 대출받으면서 그 소유 부동산에 대출액의 2배가 넘는 채권최고액 6,136억 원의 근저당권을 설정하였는데, 위 채권최고액은 공소외 1 회사와 공소외 21 회사의 대출금 합계 4,720억 원의 130%(= 6,136억/4,720억×100)에 해당하는 금액으로 금융기관의 관례상 담보비율에 부합한다.

라) 재산상 손해 여부에 관한 판단

앞서 본 법리에 비추어 위와 같은 사실관계 및 다음과 같은 사정들을 살펴보면, 피고인 1이 공소외 1 회사의 다른 이사들과 공모하여 공소외 1 회사로 하여금 이 사건 근저당권을 설정하게 한 행위는, 이로 인하여 공소외 1 회사로서는 보유 부동산 전부

가 공소외 20 회사의 공소외 1 회사 인수를 위해 필요한 자금을 마련하기 위해 대주단과 사이에 체결된 이 사건 대출금 채무를 위한 책임재산으로 제공되어 장차 이를 변제하지 못할 경우 환가처분 될 수 있는 위험을 부담하게 되는 이상, 대표이사로서의 임무를 위배하여 공소외 20 회사에게 재산상 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에게 재산상 손해를 가한 것에 해당한다.

(1) 앞서 본 바와 같이 이 사건 근저당권은 이 사건 대출계약에 따른 공소외 1 회사의 채무뿐만 아니라 공소외 21 회사의 대출금 채무도 피담보채무로 정한 것으로서, 공소외 21 회사가 이를 변제하지 않을 경우 제공된 담보를 상실할 위험을 부담한다. 또한 이 사건 근저당권설정행위와 나중에 이루어진 이 사건 합병, 그 효과로 생긴 공소외 1 회사에 의한 이 사건 대출금 채무의 승계는 모두 공소외 20 회사가 공소외 1 회사를 인수하려는 단일의 목적으로 공소외 21 회사를 통해 대주단과 체결한 이 사건 대출계약, 나아가 그 계약의 내용에 구속됨을 승인한 공소외 1 회사의 2005. 4. 6. 자 이사회결의와 차주가입증명서 제출 등을 통해 당시 이미 그 이행의 기한, 내용, 효과 등이 구체적으로 예정되어 있던 것이다.

(2) 이 사건 합병을 통해 이 사건 근저당권의 피담보채무로 성립된 이 사건 대출금 채무는 공소외 20 회사가 그 자신의 이익을 위하여 대주단으로부터 인수자금을 차입하는 과정에서 생긴 채무로서, 공소외 1 회사 자체의 영업이나 금융상의 수요와 이익을 위한 것이 아니었다. 특히 공소외 20 회사가 공소외 1 회사의 발행 주식 전부를 주주들로부터 매수하는 방법으로 인수를 추진함에 따라 이 사건 대출금 채무로 조성된 자금은 공소외 20 회사 스스로 조달한 지분투자금과 합쳐져 공소외 1 회사의 기존 주주들에게 주식매수대금으로 지급되었을 뿐, 그중 합병 후 공소외 1 회사의 자산

으로 유입된 부분은 없는 것으로 보인다. 그런데 앞서 본 바와 같이 주식회사는 채권자는 물론 주주와도 별개의 법인격을 가진 존재이고, 주식회사에게 이익이 되느냐 손해가 되느냐는 주주의 이익과는 별개의 것이므로, 결국 공소외 1 회사는 이 사건 근거 당권 설정 당시는 물론 이 사건 합병 후에도 어떠한 재산상의 이익을 얻지는 못한 채 자신의 재산을 공소외 21 회사의 채무를 담보하기 위한 책임재산으로 제공함으로써 공소외 1 회사 소유 부동산을 활용하여 대출을 받을 기회가 제한되고 공소외 21 회사의 채무를 제대로 변제하지 못할 경우에는 환가처분 될 위험에 처하는 재산상의 손해를 입게 되었다. 비록 이 사건 합병이 성립된 이후에는 합병의 법률적 효과로 이 사건 대출금 채무가 공소외 1 회사의 채무가 되었고, 그에 대한 변제와 담보제공은 자신이 부담하는 채무에 관한 것으로 전환되기는 하였지만, 배임죄에서 재산상 손해의 유무에 관한 판단은 배임 여부가 문제되는 행위 당시를 기준으로 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 경제적 관점에서 파악되어야 하는 이상, 공소외 1 회사의 재산 상태에 초래한 경제적 영향을 감안하지 않은 채 단지 그 법률적 효과만을 근거로 배임죄의 성립을 부정할 수는 없다.

(3) 공소외 1 회사는 전자제품 유통기업으로서 이 사건 합병 전인 2006년 말 경까지 영업적·재산적으로 실질적 가치를 갖는 유·무형 자산을 다수 보유하고 상당한 액수의 매출액과 영업이익을 달성하고 있었던 것으로 보인다. 반면 공소외 21 회사는 영업적 실체를 갖추지 못한 특수목적회사(Special Purpose Company)에 불과하여 이 사건 합병에도 불구하고 통상 기업결합에서 기대되는 영업상의 시너지 효과 등을 통해 장래 공소외 1 회사에 초과수익을 가져다주기는 어렵다. 또한 공소외 21 회사 보유 자산의 거의 대부분은 공소외 1 회사 발행 주식으로서 위 합병을 통해 공소외 1 회사가

이를 승계하더라도 자기주식을 취득한 것에 불과하여 실질적 가치 있는 재산을 얻은 것으로 볼 수는 없다. 나아가 현금 등 나머지 유동자산도 이 사건 대출계약에 따라 처분이 엄격히 제한됨으로써 공소외 1 회사의 영업에 활용될 수 없었다. 더욱이 공소외 1 회사는 기존 대출금 채무를 변제하기 위해 이 사건 대출계약에 따라 보다 높은 이율로 자금을 차입하였다. 결국 공소외 1 회사로서는 인수절차가 진행되기 전에 비하여 채무원리금 변제의 부담이 크게 증가하고, 미변제 시 보유 부동산을 상실할 위험이 발생하는 등 전체적으로 재산상의 손해만 입었을 뿐 이를 상쇄할 만한 다른 반대급부를 인수자인 공소외 20 회사 등으로부터 제공받지 못하였다고 봄이 상당하다.

(4) 앞서 살펴본 공소외 1 회사가 매각에 이르게 된 경위, 공소외 20 회사가 사용한 공소외 1 회사 인수의 방법 및 인수자금의 조달 및 귀속, 피고인 1의 지위와 인수과정에서의 역할, 이를 통하여 피고인 1이 공소외 20 회사로부터 취득한 대가, 공소외 1 회사 인수 후 공소외 20 회사가 보인 행보, 공소외 20 회사가 재매각을 통해 얻은 재산상 이익의 규모, 그 과정에서 공소외 1 회사의 재산상 손실 발생과 이익 획득의 개연성 등 제반사정에 비추어 보면 피고인 1이 이 사건 근저당권설정에 가담한 행위는 피해자 공소외 1 회사의 대표이사로서 회사의 이익을 위한 것이라기보다는 주로 공소외 20 회사 등의 이익을 위한 것이었다고 봄이 상당하므로, 배임의 범의도 인정된다.

4) 소결론

그럼에도 원심은 앞서 살펴본 것과 같은 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 무죄를 선고하였다. 이 부분 원심의 판단에는 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 근저당권의 피담보채무의 범위,

처분문서의 효력, 계약의 해석, 차입매수 방식의 기업인수와 관련하여 업무상배임죄의 성립 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

아. 공소외 20 회사의 공소외 1 회사 인수 당시 소액주주들의 주식매각 관련 특정경제범죄법 위반(배임) 부분

1) 주위적 공소사실 및 예비적 공소사실 중 피해자 소액주주들에 관한 배임 부분

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 소액주주들로부터 주식 매각에 관한 권한을 위임받아 소액주주들의 주식 매각에 관한 사무를 처리하는 자에 해당하거나 그 매각 협상 절차에서 취득한 정보를 고지하지 않고 개인적 이익을 추구함으로써 임무에 위배되는 행위를 하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 특정경제범죄법 위반(배임)죄에서 타인의 사무처리자에의 해당 여부, 임무위배 행위 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

2) 예비적 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사에 관한 배임 부분

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 소액주주들의 주식매수와 관련하여 처리한 사무가 공소외 1 회사의 사무에 해당한다고 볼 수 없고, 그 과정에서 피고인 1이 공소외 20 회사로부터 받은 이익을 공소외 1 회사에 귀속시킬 업무상 임무가 있다고 볼 수도 없다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 특정경제범죄법 위반(배임)죄에서 타인의 사무처리자, 임무위배행위 등에 관한

법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

자. 공소외 28 회사의 공소외 1 회사 인수 관련 피고인들의 배임수증재 부분

형법 제357조 제1항에 정한 배임수증죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상 이익을 얻는 경우에 성립하는 범죄로서, 원칙적으로 타인의 사무를 처리하는 자라야 그 범죄의 주체가 될 수 있다(대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도6433 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 공소외 28 회사의 공소외 1 회사 인수에서는 공소외 20 회사와 공소외 29 주식회사(이하 '공소외 29 회사'라 한다)가 거래의 당사자가 되어 주식매매를 하였으므로 그와 관련된 사무를 공소외 1 회사의 사무라고 할 수 없고, 피고인 1이 공소외 1 회사의 사무를 처리하는 자의 지위에서 피고인 2로부터 인수업체 선정과 관련하여 영향력을 행사하여 달라는 취지의 부정한 청탁을 받았다고 볼 수 없다고 판단하였다.

위 법리 및 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같이 배임수증죄에서 타인의 사무를 처리하는 자의 범위, 부정한 청탁 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

차. 부동산 처분대금에 대한 증여세 포탈 관련 특정범죄가중법 위반(조세) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 판시 부동산 처분대금 중 공소외 7에게 현금으로 교부된 5억 원 부분에 대해서는 피고인 1이 사기 기타 부정한 방법으로 그에 관한 증여세를 포탈하였다고 인정하기 부족하고, 공소외 30 등 제3자 명의 계좌로 분산 송금

된 나머지 8억 원 부분도 이러한 분산 송금행위가 실질적으로 공소외 7에 대한 증여에 해당함을 인정하기에는 부족하다고 판단하였다.

이 부분 상고이유는 원심의 사실인정을 다투는 취지로서, 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 나아가 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같이 증여 여부와 사위 기타 부정행위에 의한 특정범죄가중법 위반(조세)죄의 성립 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

카. 주식에 대한 증여세 포탈 관련 특정범죄가중법 위반(조세) 부분

원심은 판시와 같은 이유를 들어, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 1이 그의 자녀인 공소외 14, 공소외 7에게 이 부분 주위적 공소사실과 같이 공소외 29 회사의 주식을 매수하기 위한 자금 또는 공소외 29 회사의 주식 자체를 증여하였다고 인정하기에는 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다고 판단하였다.

관련 법리와 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심판단에 상고이유 주장과 같은 증여 여부와 사위 기타 부정행위에 의한 특정범죄가중법 위반(조세)죄의 성립, 석명 의무 등에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

타. 공소외 31에 대한 미신고 차용금 변제 관련 외국환거래법 위반 부분

원심은, 검사가 제출하는 증거만으로는 공소외 31에 대한 차용금 변제 명목으로 미화 150만 달러를 지급한 행위에 대해 외국환거래법상 신고의무가 있다고 보기 어렵고, 피고인 1이 공소외 31에게 위 돈을 지급할 당시 해외 이주의사가 없었다고 인정하기에

는 부족하다고 판단하였다.

관련 법리 및 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심판단에 신고의무 위반에 따른 외국환거래법 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

과. 미신고 해외펀드투자 자본거래 중 '▷▷▷▷'에 대한 투자행위 관련 외국환거래법 위반 부분

제1심은 ▷▷▷▷에 투자한 것은 피고인 1이 아니라 ○○○○○○ 인베스트먼트이고, ○○○○○○ 인베스트먼트의 행위를 피고인 1의 행위와 법률적으로 동일하게 평가할 수는 없으며, ▷▷▷▷와 ○○○○○○ 인베스트먼트 사이의 판시와 같은 거래는 비거주자들 사이의 자본거래로서 구 외국환거래법의 규율대상이 아니라고 판단하였다. 원심은 이러한 제1심의 판단이 정당하다고 인정하면서 이를 다투는 검사의 사실오인 및 법리오해에 관한 항소이유 주장을 받아들이지 아니하였다.

상고이유 주장은 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단을 다투는 취지로서, 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 관련 법리와 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보아도, 원심판단에 상고이유 주장과 같이 신고의무 위반에 따른 외국환거래법 위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

하. 검사의 유죄 부분에 대한 상고에 관하여

검사는 원심판결 전부에 관하여 상고하였으나, 유죄 부분에 관하여는 상고장이나 상고이유서에 구체적인 상고이유의 기재가 없다.

3. 파기의 범위

원심판결 중 피고인 1에 대하여 유죄로 인정된 공소외 8로부터의 금전 수령 관련 외국환거래법 위반 부분과 공소외 2 관련 배임수재 금품에 관한 추정 부분, 무죄로 판단된 공소외 1 회사 보유 자산의 담보제공 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 각 파기되어야 한다. 그런데 위 각 파기부분은 피고인 1에 대한 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 그 전체에 대하여 하나의 형이 선고되어야 한다. 따라서 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분과 공소외 1 회사 보유 자산의 담보제공 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 함께 파기되어야 한다.

4. 결론

그러므로 피고인 1에 대한 유죄 부분과 공소외 1 회사 보유 자산의 담보제공 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 함께 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 검사의 나머지 상고는 모두 이유 없으므로 이를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이기택 _____

 대법관 박정화 _____

주 심 대법관 김선수 _____

대법관 이흥구 _____