

## 대 법 원

### 제 1 부

### 판 결

사 건	2017도12649	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임), 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(피고인 2에 대하여 일부 인정된 죄명: 사기), 주식회사의외부감사에관한법률위반, 자본시장과금융투자업에관한법률위반
피 고 인	피고인 1 외 1인	
상 고 인	피고인들 및 검사 (피고인들에 대하여)	
변 호 인	법무법인 지평 외 4인	
원 심 판 결	서울고등법원	2017. 7. 18. 선고 2017노460 판결
판 결 선 고	2017. 12. 22.	

### 주 문

상고를 모두 기각한다.

### 이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 회계분식으로 인한 주식회사의 외부감사에 관한 법률(이하 '외부감사법'이라 한다)

위반 및 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라 한다) 위반 부분에 대하여

가. 피고인 1의 상고이유 제1점

1) 원심이 인정한 사실과 이를 기초로 한 판단 등은 다음과 같다.

가) (1) 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)는 내부 사무처리에서 해양 프로젝트 공사 계약을 수익 정산의 방식에 따라 '확정도급공사'와 '정산공사'로 분류하였다. 그런데 확정도급공사에 대해서는 계약의 성질상 사후에 공사비가 증가하더라도 발주자에게 체인지오더(Change Order, 공사대금 추가정산)의 형태로 공사비 추가 요구에 대한 승인을 기대하기 어렵다. 과거 경험상으로도 확정도급공사의 경우 정산공사와는 달리 증가된 공사비 등과 관련된 체인지오더를 발주자에게 요청하였을 때 그에 대한 승인을 거의 받지 못하였거나, 발주자로부터 실제로 이를 확보하는 과정이 쉽지 않았다. 이로 인하여 외부감사인인던 공소외 2 회계법인도 확정도급공사와 관련된 경우 발주자와 체인지오더 승인에 관한 합의가 있기 전에는 이를 계약수익으로 인식하는 데에 소극적인 입장을 보였다. (2) 한편 당시 공소외 1 회사의 재무회계에 적용되던 국제 회계기준 중 '건설계약'에 관한 기업회계기준서(제1011호, 2007. 11. 23. 제정되고, 2015. 12. 24. 개정되기 전의 것)에 의할 때, 계약금액의 확정 여부 또는 정산 가능성에 따라 계약은 '정액계약'과 '원가보상계약'의 2가지로 구분될 수 있고, 계약의 유형별로 계약수익의 인식 등 회계처리에 있어 그 취급이 다르다. 또한 계약수익의 구성항목에는 최초로 합의된 계약금액 외에 공사변경 등에 따라 추가되는 금액이 있을 수 있으나, 이를 계약수익으로 인식하기 위해서는 발주자가 공사변경 사실과 그에 따른 금액을 승인할 가능성이 높고, 그 금액을 신뢰성 있게 측정할 수 있을 것이 요구된다. (3)

계약 체결 당시 금액이 확정되어 사후 정산의 가능성이 적은, 정액계약의 유형에 속하는 확정도급공사와 관련된 체인지오더 등에 대해서는, 발주자의 지시에 의한 것으로서 이미 승인을 받아 지급이 확정되지 않았다면, 공소외 1 회사의 입장에서는 예상치 않게 공사비가 추가될 사유라고 하더라도 계약의 성질상 그에 상응한 보상으로서 체인지오더에 따른 금액을 계약수익에 반영하기 위해서는 별도로 발주자의 승인 가능성, 금액의 측정 가능성에 관한 신중한 평가가 필요하다. 따라서 확정도급공사와 관련된 체인지오더로서 사업계획에 계상되었으나 미확정된 채 결산에 반영되지 않고 남아 있던 부분은, 당해 회계연도 감사보고서 발행일인 다음 해 3월 중순경까지 서면, 이메일 등을 통해 발주자로부터 그에 대한 승인의 의사가 있었다는 사실을 별도로 확인할 수 있는 때에 한하여, 계약수익에 추가하여 분식액 산정에 반영될 수 있다.

나) 또한 자산 손상 발생에 따른 대손 처리의 필요성이 문제가 된 공소외 3 회사, 공소외 4 회사, 공소외 5 회사, 공소외 6 회사 등 4개 발주사에 대해 보유한 장기매출채권의 회수 가능성이 현저히 낮아졌음을 공소외 1 회사가 구체적으로 인식할 수 있었던 각각의 시기 및 상세한 경위, 위 장기매출채권 관련 대손충당금의 분식을 포함한 회계분식 사실이 외부로 알려진 후 조작된 회계 항목 등에 대해 전기오류수정이 이루어진 2015회계연도 재무제표에 대한 공소외 2 회계법인의 회계감사결과 및 공소외 7 회계법인의 공소외 1 회사에 대한 2015년 재무실사 결과 등을 비롯한 판시 각 사정을 종합해 볼 때, 공소외 1 회사가 과거기간에 이미 인식하였어야 함에도 고의적으로 은닉하였던 위 4개 발주사에 대한 장기매출채권 관련 대손충당금을 그러한 중대한 오류를 최초로 인식한 2015회계연도를 기준으로 소급하여 2013회계연도와 2014회계연도의 2개 기간에 걸쳐 각 나누어 설정하여 분식액을 산정한 것이 현저히 부당하다고 보이지

않는다.

2) 원심은 이어, 피고인 1의 항소이유 주장, 즉 회계연도별 분식액을 산정하면서 확정도급공사와 관련된 미확정 체인지오더는 이메일 등 서면에 의한 증빙을 갖추지 못하였다고 하더라도, 발주자로부터의 승인 가능성이 인정되는 한 공소외 1 회사의 수주계약에 따른 총계약수익에 추가로 반영되어야 하고, 전임 대표이사 재임 기간 중 발생한 장기매출채권의 손상에 따른 대손충당금으로 재무제표에 계상되지 않았던 부분은 손실액에서 제외되어야 한다는 주장을 배척하였다.

3) 범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 하나(형사소송법 제307조 제2항), 사실인정의 전제로 행해지는 증거의 취사선택 및 증거의 증명력은 사실심 법원의 자유판단에 속한다(형사소송법 제308조).

원심의 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들과 이 사건 조선업 수주계약의 계약수익 인식, 장기매출채권의 손상에 따른 대손 처리, 전기오류수정 등에 적용되는 기업회계기준의 제반 규정 등에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 수긍할 수 있다. 거기에 상고이유 주장과 같이 기업회계기준의 해석 및 적용에 관한 법리를 오해하거나 증명책임에 어긋나며 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

나. 피고인 1의 상고이유 제2점 및 제3점, 피고인 2의 상고이유 제3점

형사소송법 제383조 제4호에 의하면, 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에 한하여 원심판결에 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미쳤음은 이유로 상고할 수 있다. 피고인들에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서,

사실심인 원심의 전권에 속하는 증거취사와 사실인정의 잘못을 다투거나 원심이 인정  
한 사실과 다른 사실관계를 전제로 하여 법리오해가 있다고 지적하는 취지의 이 부분  
상고이유의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다(대법원 2017. 5. 31. 선고 2017도  
3894 판결 등 참조).

나아가 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범 관계에서, 공모는 법률상 어떤 정형  
을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를  
실현하려는 의사의 결합만 있으면 된다. 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도,  
수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계  
가 성립한다. 그리고 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 않은 자  
라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사책임을 진다(대법원 2000. 11.  
10. 선고 2000도3483 판결 등 참조). 공모공동정범에서 공모나 모의는 범죄사실을 구  
성하는 것으로서 이를 인정하기 위해서는 엄격한 증거가 요구되지만, 피고인이 그 실행  
행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에  
는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는  
간접사실 또는 정황사실을 증명하는 방법에 의하여 증명할 수밖에 없다. 무엇이 상당  
한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한  
관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법으로 하여야  
한다(대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도6103 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유로, 피고인 2는 2012회계연도부터 2014회계연도까지, 피고  
인 1은 2013회계연도와 2014회계연도에 각 당기순이익 등의 적자 사실을 은폐하기 위  
해 공사손실충당금, 장기매출채권 대손충당금 및 자회사 손상을 과소계상하는 방법으

로, 허위의 재무제표 및 사업보고서가 작성, 공시되는 데에 공모하여 관여한 사실을 인정하였다. 이어 피고인들의 그러한 행위는 포괄하여 기업회계기준서를 준수하지 아니한 채 허위의 재무제표, 사업보고서 등을 작성한 데에 따른 외부감사법 위반죄 및 자본시장법 위반죄를 구성하고, 피고인들이 적극적으로 담당 직원들에게 회계분식에 대한 지시를 하지 아니하였다거나 피고인 2가 재무총괄부사장으로 부임한 초기에 장기매출채권의 대손충당금 처리 등에 문제가 있음을 인식하고 이를 해결하려고 노력하였다는 등의 사정만으로는 그 죄책을 면할 수는 없다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 공모공동정범의 성립, 유죄의 증명 정도에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 이유가 모순되는 등의 위법이 없다.

#### 다. 피고인 1의 상고이유 제4점

1) 상고심은 항소법원 판결에 대한 사후심이므로, 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위에 들지 않는 것이어서, 피고인이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없다(대법원 2015. 10. 29. 선고 2015도9010 판결 등 참조).

피고인 1에 대한 공소사실 중 피고인 2 등과 공모한 2013회계연도와 2014회계연도에 관한 허위 재무제표 작성·공시 부분을 유죄로 인정한 원심판결에, 외부감사법 위반죄의 성립요건으로서 '공시'의 방법에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다는 취지의 주장은, 위 피고인이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로, 적

법한 상고이유가 될 수 없다.

2) 나아가 살펴보아도 아래와 같은 이유로 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

외부감사법 제14조 제1항, 같은 법 시행령 제7조 제4항에 의하면, 외부감사법상 재무제표의 공시방법은 상법 제448조 제1항에 의하도록 되어 있고, 상법 제448조 제1항에 의하면, 이사는 정기총회회일의 1주간 전부터 재무제표를 본점에 5년간, 그 등본을 지점에 3년간 비치함으로써 재무제표를 공시하도록 규정하고 있다. 그러므로 외부감사법 제20조 제1항에서 정한 허위의 재무제표를 작성·공시한 범죄는 정기총회회일의 1주일 전부터 재무제표를 본점에 비치한 때에 성립한다고 보아야 한다(대법원 2004. 6. 24. 선고 2004도520 판결 참조).

따라서 피고인 1이 피고인 2 등과 공모하여 2014년 1월경부터 3월경 사이에 2013회계연도 재무제표를, 2015년 1월경부터 3월경 사이에 2014회계연도 재무제표를 각 허위로 작성하여 금융감독원 전자공시시스템에 등록한 사실만을 이유로, 허위의 재무제표를 작성·공시한 범죄가 성립한 것으로 단정한 원심의 판단에는, 외부감사법상 허위 재무제표 작성·공시죄의 성립시기에 관한 법리를 오해한 위법이 있다 할 것이고, 이를 지적하는 상고이유 주장은 옳다.

그런데 적법하게 채택된 증거에 의하면, ① 공소외 1 회사는 매년 결산 업무를 주관하는 경영관리부서 내 회계1팀 소속 직원 3~4명을 공시담당자로 지정하여 작성된 결산 재무제표 등의 공시 관련 업무를 전담하여 수행하도록 한 사실, ② 공소외 1 회사는 2014. 3. 6. 임시이사회에서 2013회계연도 재무제표 승인안이 포함된 제14기 정기주주총회 상정안건 승인안을 내부적으로 의결하여 확정하였고, 같은 달 12일 금융감독원 전자공시시스템에 2014. 3. 28.에 개최할 예정인 제14기 정기주주총회 소집공고문

을 등록하면서, 그 공고문에 당기 재무제표를 포함한 관련 자료를 '경영참고사항'으로 공소외 1 회사 본점 등에 비치해 두었다는 취지를 기재한 사실, ③ 공소외 1 회사는 2014. 3. 9. 임시이사회에서 2014회계연도 재무제표 승인안이 포함된 제15기 정기주주총회 상정안건 승인안을 의결하여 확정하였고, 같은 달 16일 금융감독원 전자공시시스템에 2014. 3. 31. 개최되는 제15기 정기주주총회 소집공고문을 등록할 때도, 그 공고문에 위와 같은 취지의 기재를 한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 살펴보면, 공소외 1 회사는 2013회계연도와 2014회계연도의 각 정기총회회일 1주일 전으로서, 각 정기총회소집공고문을 금융감독원 전자공시시스템에 등록할 무렵에는, 주주 등 이해관계인의 열람·등사 요구 등에 대비하기 위하여 위 공고문에 기재된 대로 본점 등에 해당 재무제표를 비치해 두는 방법으로 공시행위까지 마쳤다고 할 것이다. 사정이 그러하다면 판시 각 범행일자에 허위의 재무제표를 작성·공시한 범죄가 성립하였다고 본 원심의 결론은 결과적으로 정당하다.

#### 라. 검사의 상고이유

##### 1) 정산공사 관련 미확정된 체인지오더의 수익 인식의 적절성에 대한 주장

형사재판에서 공소가 제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 한다. 그러므로 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 4. 27. 선고 2006도735 판결 참조).

원심은 제1심판결 이유를 인용하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 정산공사의 경



우 확정도급공사와는 달리 미리 정해진 기준에 따른 사후 정산을 전제로 하는 계약으로서, 상황 변동에 따라 계약금액이 증액될 가능성이 상당하다고 전제하였다. 이어 정산공사 관련 체인지오더의 회수 가능성이 없다는 점에 대한 검사의 증거가 부족한 이상, 피고인들에게 가장 유리하도록 연초 사업계획에 계상된 영업 목표 성격의 체인지오더에 대해서도, 계약수익으로 인식하여 분식액 산정에 반영해 주는 것이 특별히 부당하다고 보기 어렵다고 판단하였다. 그리하여 이를 다투는 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하고, 2012년부터 2014년까지의 회계분식 관련한 외부감사법 위반 및 자본시장법 위반 부분에 대한 공소사실 일부를 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심의 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은 실질적으로 사실심 법원의 자유 판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 기업회계기준의 계약수익 인식 등에 관한 법리를 오해하거나, 증명책임에 어긋나거나 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

## 2) 피고인 1의 2012년도 회계분식에 대한 관여 여부에 관한 주장

원심은, 판시 사정을 종합하여, 피고인 1이 2012회계연도 재무제표 작성이 허위로 이루어졌다는 사실에 대해서는 알지 못하였고, 그 회계분식 행위에 관여한 바가 없다고 판단하였다. 그리하여 이를 다투는 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니하고, 2012년도 회계분식 관련 외부감사법 위반 및 자본시장법 위반 부분에 대하여 무죄로 판단한 제1심을 그대로 유지하였다.

이 부분 상고이유 주장도 사실심인 원심의 전권 사항인 고의 여부에 관한 사실인정

을 다투는 것으로서, 원심의 증거 선택 및 증인 진술의 신빙성 등 증명력에 대한 판단을 타하는 것에 불과하다.

나아가 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보아도 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 회계분식의 고의 및 공모 관계에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법이 없다.

2. 회계분식 관련 사기로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 위반(사기), 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반 부분에 대하여

가. 피고인 1의 상고이유 제5점 중 사기 및 사기적 부정거래 부분의 고의에 관한 주장

이 부분 상고이유 주장은 모두 피고인 1이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나아가 적법하게 채택된 증거들에 의하여 알 수 있는 피고인 1의 대표이사로서의 직무 수행 경위, 각종 자금차입 또는 보증제공거래에 관한 공소외 1 회사의 이사회운영 규정 및 그에 따른 심의·의결 내용, 공소외 1 회사 재무팀장의 업무처리 방식 등 제반 사정을 앞에서 본 공모공동정범에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 설령 피고인 1이 공소외 1 회사가 회사 차원에서 개별적인 대출, 신용장한도개설을 받거나, 회사채, 기업어음의 발행·매매 등 자금조달 관련 금융거래행위를 하거나 신용등급을 취득하는 과정에서 그 세부적인 내역까지 자세히 알지는 못하였다 하더라도, 대표이사로서 공소외 1 회사의 경영 상황을 충분히 인식하고 있었고, 회계분식이 된 사실을 잘 알면서도 이사회 의결이나 재무팀장의 보고 과정에서 구두 또는 문서로 자금조달과 관련된 금융

거래를 포괄적 또는 개별적으로 승인 또는 지시하였다고 보인다. 허위로 작성된 각 채무제표를 이용한 금융거래행위를 하거나 이를 목적으로 한 신용등급을 발급받은 행위에 대해서 특정경제범죄법 위반(사기)죄 및 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반죄가 성립한다고 본 원심의 판단은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 사기 및 사기적 부정거래의 고의에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

나. 피고인 1의 상고이유 제6점, 피고인 2의 상고이유 제1점

1) 한국정책금융공사 관련 대출의 기망행위, 처분행위 및 인과관계 존부에 관한 주장 원심은, 회계분식에 관한 피고인들의 기망행위에 속아 이루어진 판시 2014. 7. 11.자 및 2014. 12. 10.자 각 알앤디(R&D) 대출의 피해자가 한국산업은행이라고 보고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

공소외 1 회사와 실제로 위 각 대출계약을 체결한 금융기관은 한국정책금융공사이고, 그 후 2015. 1.경 한국산업은행으로 채권자가 변경되었을 뿐이라는 이유를 내세워, 사기죄를 인정하기 위한 기망행위, 처분행위 및 인과관계의 존부에 대한 판단은 한국정책금융공사와 관련하여 심리, 확정되었어야 한다는 취지의 이 부분 상고이유 주장은, 피고인 1이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하였고, 항소심에서도 직권으로 심판 대상으로 삼은 사항이 아니어서, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나아가 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들 및 기록에 비추어 살펴보면, ① 위 각 대출 채권은 한국정책금융공사와 공소외 1 회사 사이에 체결된 대출계약에 따른 것이기는 하지만, 한국정책금융공사는 한국산업은행이 민영화를 추진하는 과정에서 한국산업은행의 중소기업 지원업무 등을 승계할 목적으로 한국정책금융공사법(2009. 4.

1. 법률 제9618호로 제정된 것)에 의해 한국산업은행 내 해당 업무조직을 분리하여 설립된 금융기관인 사실, ② 그런데 위 법률이 폐지되면서 한국정책금융공사는 2014. 12. 31.경 다시 한국산업은행에 흡수합병되었고, 그 과정에서 위 각 대출 채권을 포함한 자산 일체를 한국산업은행이 승계한 사실을 알 수 있으므로, 원심이 위 각 대출의 피해자를 한국산업은행으로 인정하였다고 하여, 거기에 상고이유 주장과 같이 사기죄의 피해자에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2) 정책금융기관인 한국산업은행, 한국수출입은행 등의 담보부 대출에 관한 기망행위와 처분행위 간의 인과관계 존부에 관한 주장

금원 편취를 내용으로 하는 사기죄에서는 기망으로 인한 금원 교부가 있으면 그 자체로써 피해자의 재산침해가 되어 바로 사기죄가 성립하고, 상당한 대가가 지급되었다거나 피해자의 전체 재산상에 손해가 없다 하여도 사기죄의 성립에는 그 영향이 없다. 그러므로 사기죄에 있어서 그 대가가 일부 지급되거나 담보가 제공된 경우에도 그 편취액은 피해자로부터 교부된 금원으로부터 그 대가 또는 담보 상당액을 공제한 차액이 아니라 교부받은 금원 전부라고 보아야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도7470 판결 등 참조).

한편 기업의 재무제표 및 이에 대한 외부감사인의 회계감사결과를 기재한 감사보고서는 대상 기업의 정확한 재무상태를 드러내는 가장 객관적인 자료로서 증권거래소 등을 통하여 일반에 공시되고, 기업의 신용도와 상환능력 등의 기초자료로서 그 기업이 발행하는 회사채 및 기업어음의 신용등급평가와 금융기관의 여신제공 여부의 결정에

중요한 판단근거가 된다. 그 결과 해당 기업의 재무제표의 중요한 사항에 관하여 회계 처리기준에 위반되는 분식이 있음을 알면서도, 대규모의 여신을 제공하는 것과 같은 사례는 이례적이라고 하지 않을 수 없고, 당기순이익이 흑자인지 적자인지와 같은 사정은 해당 기업체의 신용도를 판단할 때에 보통 중요한 사항의 하나에 해당한다(대법원 2007. 4. 27. 선고 2004도5163 판결 참조). 나아가 금융기관의 통상적인 여신처리기준에 의하면, 적자상태인 당해 기업에 대한 여신이 가능했을 수도 있다고 하더라도, 이로 인하여 확일적으로 부실 재무제표 제출로 인한 기망행위와 여신 결정 사이의 인과관계가 단절된다고 볼 수는 없고, 기업이 적자상태를 숨기기 위하여 흑자 상황인 것처럼 작성한 재무제표를 제출하였다는 사실이 발각될 경우 초래될 수 있는 신뢰성 평가에 미치는 부정적인 영향까지 적절하게 고려·평가하여 인과관계 단절 여부를 살펴보아야 한다(대법원 2007. 6. 1. 선고 2006도1813 판결, 대법원 2012. 6. 14. 선고 2012도1283 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인들이 허위의 재무제표를 작성하여 제출한 행위와 피해자 한국수출입은행, 한국산업은행의 각 대출 사이에는 인과관계가 인정되고, 편취된 이득액은 대출금 전액이 된다고 판단하였다.

원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들 및 위 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 수긍할 수 있고, 이와 다른 전제에서 공소외 1 회사가 원심 판시 '제작금융' 대출을 받기 위해 한국수출입은행에 설정해 준 채권이나 선박 등에 관한 담보권 실행을 통하여 변제받을 수 있는 부분을 편취액에서 공제하여야 한다거나, 이 사건은 편취행위에 따른 이득액을 산정할 수 없는 경우에 해당한다는 취지의 상고이유 주장은 받아들일 수 없다. 또한 상고이유에서 지적하고 있는 대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도

7288 전원합의체 판결은 이 사건과 사안을 달리하는 것으로, 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

다. 피고인 1의 상고이유 제7점, 피고인 2의 상고이유 제2점

1) 사기적 부정거래의 부정한 수단 사용에 해당하는지에 관한 주장

자본시장법 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 '부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위'를 금지하고 있는데, 여기서 '부정한 수단, 계획 또는 기교'란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 등 참조).

피고인 1의 이 부분 상고이유 주장은 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나아가 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들 및 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 1이 피고인 2 등과 공모하여 허위로 작성된 각 재무제표가 첨부된 사업보고서를 금융감독원 전자공시시스템에 등록하는 방법으로 공개하였고, 위 사업보고서 등이 신용평가회사에 의해 수집되어 신용등급 평가의 자료로 사용될 것임을 알면서도, 부당하게 평가된 공소외 1 회사의 신용등급을 활용하여 무보증회사채, 기업어음 발행·매매의 금융투자상품거래로 나아간 것이 명백하다. 그렇다면 원심의 이유 설시에 일부 부적절한 점이 있다고 하더라도 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심의 결론은 정당하고, 원심의 위와 같은 잘못은 판결 결과에 영향이 없다.

2) 사기적 부정거래에서 위반행위로 인한 이익 귀속주체에 관한 주장

사기적 부정거래로 인한 이익은 전액 공소외 1 회사에 귀속되었고, 대표이사가 개인적으로 취한 이익은 전혀 없다는 피고인 1의 이 부분 상고이유 주장도, 항소심에서 항

소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나아가 자본시장법 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 정한 '위반행위로 얻은 이익'은 원칙적으로 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이익을 의미하고, 범행에 가담하지 아니한 제3자에게 귀속되는 이익은 이에 포함되지 않는다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 참조). 그렇지만 법인의 대표자 등이 그 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 자본시장법 제443조에 정한 위반행위를 한 경우에는, 그 위반행위로 인하여 법인이 얻은 이익도 법인의 대표자 등의 위반행위로 얻은 이익에 포함된다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 참조). 따라서 이 부분 피고인 1의 상고이유 주장은 어느 모로 보나 받아들일 수 없다.

### 3) 사기적 부정거래로 인한 이익 산정의 방법에 관한 주장

회계분식을 수단으로 한 사기적 부정거래로 인한 이익은 회계분식의 유무에 따른 신용등급 평가에 차등이 생김에 따라 발생하는 이자율 격차에 따른 이자비용의 차액으로 산정되어야 한다는 취지의 피고인들 상고이유 주장도, 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

나아가 자본시장법 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 규정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이란 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서, 원칙적으로 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤, 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 말한다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 등 참조). 따라서 이 부분 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

4) 사기적 부정거래에서 위반행위로 인한 이익 산정시 거래비용 공제에 관한 주장  
사기적 부정거래로 얻은 이익을 산정할 때에는 총매도대금에서 공소외 1 회사가 부담한 발행수수료 등 거래비용을 공제하여야 함에도 이를 공제하지 아니하였다거나, 이를 고려할 때 이 사건은 위반행위로 인한 이익액을 산정할 수 없는 경우에 해당한다는 취지의 피고인들 상고이유 주장은, 피고인 1에 대해서는 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하여 항소심의 심판대상이 되지 않은 사항에 관한 것이므로, 적법한 상고이유가 되지 못한다.

그리고 설령 그 거래비용과 관련하여 원심의 이익 산정에 일부 잘못이 있더라도, 위 사기적 부정거래행위가 원심이 적용한 자본시장법 제443조 제2항 제2호 등의 규정에 해당하게 되는 것은 마찬가지로 판결의 결과에 영향이 없다(같은 취지의 대법원 2014. 10. 15. 선고 2014도8111 판결 참조).

#### 라. 검사의 상고이유

1) 피고인들에 대한 일부 사기로 인한 특정경제범죄법 위반(사기) 및 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반 부분의 고의 여부에 관한 주장

형사소송법 제308조는 증거의 증명력은 법관의 자유판단에 의하도록 자유심증주의를 규정하고 있으므로, 원심의 증거의 증명력에 관한 판단과 증거취사 판단에 그와 달리 볼 여지가 상당히 있는 경우라고 하더라도, 원심의 판단이 논리법칙이나 경험법칙에 따른 자유심증주의의 한계를 벗어나지 아니하는 한 그것만으로 바로 형사소송법 제383조 제1호가 상고이유로 규정하고 있는 법령 위반에 해당한다고 단정할 수 없다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2007도1755 판결 참조).

원심은 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인 1에 대한 제1심판결 범죄일람표(2) 중



순번 1 내지 30번, 같은 범죄일람표(3) 중 순번 1 내지 14번, 같은 범죄일람표(4)의 각 특정경제범죄법 위반(사기) 부분, 같은 범죄일람표(5) 중 순번 1, 2번, 같은 범죄일람표(6-1) 중 순번 1 내지 4번의 각 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반 부분, 피고 인들에 대한 같은 범죄일람표(6-2)의 각 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반 부분에 대하여 모두 공소사실에 대한 증거가 없다는 이유로 무죄로 판단한 제1심을 그대로 유지하였다, 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 다소 미흡한 부분이 있지만, 유죄의 증거가 부족하다고 본 원심의 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정하는 등의 위법이 없다.

## 2) 대출 관련 사기 부분 중 대환, 기한연장에 관한 주장

채무이행을 연기받는 것도 재산상의 이익이 되므로(대법원 1997. 7. 25. 선고 97도 1095 판결 참조), 채무이행을 연기받은 사기죄는 성립할 수 있으나, 채무이행을 연기받은 것에 의한 재산상의 이익액은 산출할 수 없으므로, 특정경제범죄법 제3조 제1항 제2호의 이득액을 계산할 때에 합산할 것은 아니다(대법원 1998. 12. 9. 선고 98도3282 판결 등 참조).

원심은 판시와 같은 이유로, 제1심판결 범죄일람표(2) 중 순번 7, 14, 20, 24번, 범죄일람표(3) 중 순번 3, 6번, 범죄일람표(4) 기재 각 범죄사실은 모두 피고인 2의 판시 각 회계분식 범행이 있기 전에 피해자들과 대출계약, 신용장보증계약 또는 선수금반환보증계약이 체결되었다가 기한만 연장되어 온 대환 또는 기한유예에 불과하여, 채무이행을 연기받은 사기죄는 성립할 수 있으나, 그에 따른 재산상의 이익액을 산출할 수 없다고 보아, 특정경제범죄법 제3조 제1항의 이득액에 합산되어서는 아니 된다고 판단하

였다. 이어 이 부분 특정경제범죄법 위반(사기)의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄라고 판단하되, 피해자 ○○은행, 피해자 한국정책금융공사에 대해서만 단순사기죄로 의율하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 위 법리에 따른 것으로서, 거기에 상고이유 주장과 같이 사기죄의 성립, 특정경제범죄법 제3조 제1항의 이득액 산정에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

3. 회계분식 관련 부당한 성과급 등 지급으로 인한 특정경제범죄법 위반(배임) 부분에 대하여

가. 피고인 1의 상고이유 제5점 중 업무상배임의 고의 부분 및 제8점

업무상배임죄의 고의는, 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가하고 그로 인하여 자기 또는 제3자의 재산상 이익을 취득한다는 의사와 그러한 손익의 초래가 자신의 임무에 위배된다는 인식이 결합되어 성립한다. 경영상 판단과 관련하여 경영자에게 배임의 고의와 불법이득의 의사가 있었는지 여부를 판단할 때에도, 문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실 발생의 개연성과 이익 획득의 개연성 등의 여러 사정을 고려하여 볼 때, 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 하고, 그러한 인식이 없는데도 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 단순히 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 묻어서는 안 된다 (대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도6075 판결 등 참조). 그러나 한편 배임죄에서 말하는 임무위배행위는 처리하는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법령의 규정,

계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써, 본인과 맺은 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 말하므로, 경영자의 경영상 판단에 관한 위와 같은 사정을 모두 고려하더라도, 법령의 규정, 계약 내용 또는 신의성실의 원칙상 구체적 상황과 자신의 역할·지위에서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이익을 취득하게 하고 본인에게 손해를 가하였다면, 그에 관한 고의 내지 불법이득의 의사는 인정된다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도10629 판결 등 참조).

원심은 다음과 같은 이유로, 피고인 1의 성과급 지급행위가 임무위배행위에 해당한다고 판단하고, 이를 다투는 위 피고인의 항소이유 주장을 배척하였다. (1) 공소외 1 회사와 한국산업은행 사이에 체결된 양해각서(MOU)에 포함된 임원의 직위별 성과급 지급 한도와 성과급 지급액에 관한 규정은 공소외 1 회사의 임원에 대한 보수 지급과 관련된 내부 규정의 성격을 갖는 것이다. 그런데 위 규정에 적자가 발생할 경우 성과급을 지급하지 않도록 명시되어 있음에도, 피고인 1은 적자가 발생한 상황에서 흑자인 것처럼 회계분식을 하여, 허위로 작성, 공시된 재무제표를 이용해 한국산업은행으로부터 성과급 수령이 가능한 정도의 평가결과를 받아 낸 다음, 자신을 비롯한 임원들에게 성과급을 지급하였다. 공소외 1 회사와 그 노동조합 사이에 체결된 단체협약에는 매년 초 이사회에 보고된 경영목표가 달성된 경우에 한하여 종업원 성과급을 지급하도록 규정되어 있음에도, 피고인 1은 적자가 발생한 상황에서 흑자인 것처럼 회계분식을 하여, 허위로 작성, 공시된 재무제표를 이용해 단체협약상의 경영목표가 달성되어 마치 종업

원들이 성과급을 지급 받을 조건이 갖추어진 것처럼 가장하여 종업원들에게 성과급을 지급하였다. (2) 피고인 1의 위와 같은 성과급 지급행위는 회계분식에 터 잡아 성과급 지급조건을 위반하여 부당하게 이루어진 임무위배행위로서, 업무상 배임의 고의와 불법영득 의사가 인정되고, 이와 같은 성과급 지급이 적자 발생 상황이나 경영목표 달성 여부를 불문하고 경영상 판단에 따른 것이라고 보기 어렵다.

원심의 사실인정을 다투는 취지의 상고이유 주장은, 실질적으로 사실심 법원의 자유 판단에 속하는 원심의 증거 선택 및 증명력에 관한 판단을 탓하는 것이거나, 원심이 인정한 것과 다른 사실관계를 전제로 한 것에 불과하다. 그리고 원심판결 이유를 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보아도, 위와 같은 원심의 판단은 앞에서 본 법리에 기초한 것으로 보이고, 거기에 상고이유 주장과 같이 업무상배임죄의 고의나 임무위배 행위, 경영상 판단에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

#### 나. 검사의 상고이유

원심은, 피고인 1이 허위로 작성, 공시된 재무제표를 이용해 한국산업은행으로부터 임원 성과급 수령이 가능한 평가결과를 받거나 단체협약상의 경영목표가 달성되어 종업원들이 성과급을 받을 조건이 충족된 것처럼 가장하여, 2013. 5. 7.경 임원들에게, 2012. 7. 31.부터 2014. 12. 31.까지 7회에 걸쳐 종업원들에게 각 성과급을 지급하여 임직원들에게 재산상의 이익을 취득하게 하고 피해자 공소외 1 회사에 손해를 가하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 판시와 같은 사정을 종합하여 위 공소사실에 대한 증거가 부족하다고 판단하고, 무죄로 판단한 제1심판결을 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 다소 미흡한 부분이

있지만, 유죄의 증거가 부족하다고 본 결론은 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 업무상배임죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 잘못 인정한 위법이 없다.

#### 4. 검사의 판단누락 주장에 관하여

불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없고, 법원은 검사가 공소제기한 사건에 한하여 심판하여야 한다(대법원 2001. 12. 27. 선고 2001도5304 판결 참조).

원심은 판시와 같은 사정을 종합하여, "피고인들이 공모하여 2013. 4. 1. 및 2013. 4. 2. 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 회계분식과 신용등급 조작 등의 부정한 수단을 사용하여 부당이득을 취득하였다."는 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 사기적 부정거래로 인한 자본시장법 위반행위로만 기소한 것으로 보아, 법원으로서는 특정경제범죄법 위반(사기)죄에 관하여는 심판할 수 없다고 판단하였다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심에 상고이유 주장과 같이 판단을 누락한 위법이 없다.

#### 5. 피고인들의 나머지 상고에 대하여

피고인들은 상고장을 제출하면서 원심판결 전체에 대하여 불복한다는 취지로 기재하였으나, 원심판결 중 무죄 부분에 대해서는 피고인들에게 상고권이 없으므로 이 부분의 상고는 부적법하다(대법원 1994. 7. 29. 선고 93도1091 판결 등 참조).

#### 6. 검사의 나머지 상고에 대하여

검사는 상고장을 제출하면서 원심판결 전체에 대하여 불복한다는 취지로 기재하였으나, 상고장이나 상고이유서에 원심판결 중 유죄 부분에 관한 상고이유를 기재하지 않

