

서울남부지방법원

판 결

사 건 2011고단2063 가. 상법위반
나. 공전자기록등불실기재
다. 불실기재공전자기록등행사

피 고 인 1. 허○○ (0000000-00000000), 무직
주거 성남시 분당구 ○○
등록기준지 포항시 남구 ○○
2. 송○○ (0000000-00000000), 컨설팅업
주거 서울 송파구 ○○
등록기준지 서울 서대문구 ○○

검 사 김형근(기소), 이자영(공판)

변 호 인 법무법인 민 담당변호사 박성재 (피고인 허○○를 위한 사선)
법무법인 바른 담당변호사 김재호 (피고인 송○○을 위한 사선)

판 결 선 고 2012. 6. 13.

주 문

피고인들은 각 무죄.

이 판결의 요지를 공시한다.

이 유

1. 공소사실

피고인 송○○은 부동산투자회사법에 따라 설립된 주식회사 ○○부동산투자회사(이하 '○○리츠'라고 한다)의 회장으로서 2011. 8. 30. 서울중앙지방법원에서 증권거래법 위반죄로 징역 7월을 선고받아 이 판결이 2011. 11. 24. 확정된 사람이고, 피고인 허○○은 ○○리츠의 부회장이다.

가. 상법위반

피고인들은 당시 ○○리츠의 대표이사이던 박○○, 현 대표이사인 박○○ 등과 함께 사채업자 이○○으로부터 사채자금을 빌려 주금가장납입을 하기로 공모하였다.

이와 같이 피고인들은 박○○, 박○○ 등과 공모하여, 2011. 4. 21. ○○리츠가 실시한 29억원의 제3자 배정 유상증자 과정에서 이○○으로부터 사채자금 29억원을 일시 빌려 위 회사 명의의 주금납입계좌에 입금하고, 위 은행으로부터 주금납입보관증명서를 발급받아 다음날인 2011. 4. 22. 위 회사의 증자등기를 마친 직후 위 29억원을 인출한 후 이를 이○○에게 돌려주는 방식으로 자본금 납입을 가장하였다.

나. 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록등행사

피고인들은 박○○, 박○○ 등과 공모하여, 사실은 전항과 같이 위 회사에 대한 주금이 가장납입되었음에도, 2011. 4. 22. 서울중앙지방법원 상업등기소에서 성명미상의 법무사로 하여금 그 정을 모르는 등기공무원에게 주금납입증명서 등 증자등기에 필요한 관계서류를 제출하게 하여 위 회사의 발행주식 총수 및 자본 총액에 대한 허위사실을 공전자기록인 상업등기 전산정보처리시스템에 기재케 하여 공전자기록에 불실의 사실을 기재케 하고, 그 무렵 위 공무원으로 하여금 불실의 사실이 기재된 공전자기록인

상업등기 전산정보처리시스템을 그곳에 비치하여 이를 행사하였다.

2. 판단

가. 관련 법리

상법 제628조의 납입가장죄는 상법 제622조 소정의 지위¹⁾에 있는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범이고, 한편, 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우에 공범이 될 수 있으나, 그 경우에도 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위적 행위지배를 통한 범죄의 실행이라는 주관적·객관적 요건이 충족되어야 공동정범으로 처벌할 수 있다(대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 등 참조).

나. 이 사건의 경우

검사는 상법 제622조 소정의 신분이 있는 박○○(2011. 4. 21. 당시 ○○리츠의 대표이사)에게 상법 제628조의 납입가장죄가 성립함을 전제로, 신분이 없는 피고인들이 이에 가공하였다는 이유로 공소를 제기하였는바, 피고인들에게 납입가장죄의 공동정범의 책임을 묻기 위해서는 박○○에게 납입가장죄가 성립하여야 할 것이다.

살피건대, 이 사건 기록을 통해 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉, ① 박○○은 수사기관 이래 이 법정에 이르기까지 29억원의 증자대금이 납입되고, 그 돈이 다음날 인출되리라는 점은 알지 못하였다고 일관되게 진술하고 있는 점, ② 피고인들은 이 사건 증자과정 이전에 이 사건 증자대금 제공자인 이○○, 최○○을 만난 적이 있으나, 박○○은 2011. 4. 21. 이○○, 최○○을 처음 만난 점, ③ 출금전표 작성 경위와 관련하여

1) 제622조(발기인, 이사 기타의 임원등의 특별배임죄)

① 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 집행임원, 감사위원회 위원, 감사 또는 제386조제2항, 제407조제1항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 임무에 위배한 행위로써 재산상의 이익을 취하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 회사에 손해를 가한 때에는 10년이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 회사의 청산인 또는 제542조제2항의 직무대행자, 제175조의 설립위원이 제1항의 행위를 한 때에도 제1항과 같다.

박○○과 최○○의 진술이 일치하지 않으나²⁾, 출금전표를 작성하기 위해서는 ○○리츠의 사용인감이 필요한데, 당시 박○○이 ○○은행 ○○지점에 갈 때에는 증자과정에 필요한 법인인감만을 가지고 갔을 뿐 출금전표 작성에 필요한 사용인감을 소지하지 않아 ○○리츠 직원에게 사용인감을 가지고 오도록 하였는바, 사전에 출금전표 작성을 예상한 것으로는 보이지 아니한 점 등에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 박○○이 2011. 4. 21. 당시 가장납입에 관한 인식을 하였다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 상법 제622조 소정의 신분이 있는 박○○에게 상법 제628조의 납입가장죄가 성립하지 않으므로, 신분이 없는 피고인들에 대하여도 위 납입가장죄가 성립하지 않는다고 할 것이다. 또한, 납입가장죄에 해당하지 않은 이상, 피고인들이 박○○, 박○○과 공모하여 자본금에 대한 사항을 불실 기재한 것으로도 볼 수 없으므로, 공전자기록등불실기재죄 및 불실기재공전자기록등행사죄도 성립하지 않는다.

4. 결 론

그렇다면, 피고인들에 대한 이 사건 각 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하고, 형법 제58조 제2항에 의하여 무죄판결의 요지를 공시한다.

2) 박○○은 '피고인 허○○가 저 사람들(이○○, 최○○)이 하라는 대로 해 주라고 하여, 최○○이 출금전표 작성을 요구하자 이를 작성해 준 것이다'라고 진술하고 있는 반면, 최○○은 '자금 제공과 관련하여 박○○에게 담보명목으로 대표이사 개인보증 서류 등을 요구하였는데, 박○○이 다음날(2011. 4. 22.) 아침까지 서류를 교부하지 않으면 돈을 인출해도 좋다며 출금전표를 작성해 준 것이다'라고 진술하고 있다.

관사 박정기 _____