

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건	2005도3431	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령), 상법위반, 공정증서원본불실기재, 불실기재 공정증서원본행사, 정치자금에관한법률위반, 근로기준법위반
피 고 인	피고인	
상 고 인	피고인	
변 호 인	(1) 범무법인 태평양 담당변호사 송진훈, 이종욱, 송동원, 박철규 (2) 범무법인 이우 담당변호사 이상경	
원 심 판 결	부산고등법원	2005. 5. 11. 선고 2004노689 판결
판 결 선 고	2006. 6. 2.	

주 문

원심판결 중 유죄부분을 파기하고 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

1. 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률 위반(횡령)죄에 관한 판단

업무상횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할

목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같은 처분을 하는 의사를 말하고 사후에 이를 반환하거나 변상, 보전하는 의사가 있다 하더라도 불법영득의 의사를 인정함에 지장이 없고(대법원 1983. 9. 13. 선고 82도75 판결, 대법원 2000. 12. 8. 선고 99도214 판결 등 참조), 수개의 업무상 횡령행위라 하더라도 피해법익이 단일하고, 범죄의 태양이 동일하며 단일 범의의 발현에 기인하는 일련의 행위라고 인정될 때에는 포괄하여 1개의 범죄라고 봄이 타당할 것이다(대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1512 판결 등 참조).

위의 법리를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용증거와 제1심 법원의 채용증거들을 인용하여, (지명 생략)상공회의소 회장인 피고인이 (지명 생략)상공회의소 전무이사인 원심 공동피고인과 경리부장에게 지시하여 약 70일 사이에 4회에 걸쳐 (지명 생략)상공회의소의 공금 합계 14억 원을 원심 공동피고인의 계좌로 송금하게 한 후 피고인이 개인용으로 유용하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인이 용도가 제한되어 있는 (지명 생략)상공회의소의 공금을 정상적인 절차를 거치지 아니한 채 인출하도록 지시한 후 임의 사용한 사실을 인정한 다음 피고인이 불법영득의사로 공금을 유용하려는 단일하고도 계속된 범의 하에 단기간 내에 반복적으로 동일한 범행방법으로 동일한 법익을 침해하였다고 판단하여 위 4회의 횡령행위를 통틀어 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)죄로 의율하여 처단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고(피고인이 횡령한 금원을 반환한 후 다시 횡령하는 행위를 반복하였다고 하여 포괄일죄의 성립에 지장이 있거나, 피고인이 횡령행위로 취득한 재물의 가액이 줄어드는 것이라고 볼 수 없다), 거기에 상고이유에서 지적하는 바와 같은 불법영득의 의사나 포괄일죄, 위 법률상의 이득액에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

또한 불가벌적 사후행위에 관한 법리를 오해하였다는 내용의 상고이유의 주장은 원심의 인정사실과는 달리 피고인이 처음 (지명 생략)상공회의소의 공금 4억 원을 횡령한 후 그 횡령금으로 공범의 계좌에 입금과 출금을 반복하였음을 전제로 하는 것으로 이는 이 부분 공소사실의 내용을 잘못 파악한 채 원심이 인정하지도 아니한 사실관계에 터잡아 원심을 비난하는 것에 불과하여 받아들일 수 없다.

이 부분 상고이유의 주장은 모두 받아들일 수 없다.

2. 상법상 주금 납입가장죄에 관한 판단

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심 법원의 채용증거들을 인용하여, 공소외 1 주식회사의 대표이사이면서 계열사인 공소외 2 주식회사, 공소외 3 주식회사, 공소외 4 주식회사(이하 3개 계열사를 '3개 회사'라고만 한다)의 대주주인 피고인이 회장이라는 직함으로 3개 회사를 사실상 직접 운영해오다가 2002. 7. 27.부터 개정 시행된 건설산업기본법상 전문건설업종의 면허보유조건인 기본 자본금의 하한이 증액됨에 따라 3개 회사의 자본금을 증자하여야만 전문건설업면허를 유지할 수 있게 되자 공소외 1 주식회사의 회사자금 7억 원을 인출하여 위 3개 회사의 자본금 증자에 순차로 사용한 다음 이를 다시 공소외 1 주식회사에 반환하는 방법으로 실질자본금의 증가 없이 형식적으로만 3개 회사의 자본금을 증자하기로 마음먹고, 공소외 1 주식회사의 회사자금 7억 원을 3개 회사의 자본증자에 순차적으로 이용하고, 각 자본증자등기를 마친 후 바로 주금을 인출하여 최종적으로 공소외 1 주식회사에 7억 원을 반환함으로써 3개 회사의 자본금의 납입을 가장하는 행위를 하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, 피고인이 3개 회사의 자본증자과정을 지시하고 이에 관여하였음을 넉넉히 인정할 수 있고, 3개 회사의 자본증자에 사용된 금원은 모두 공소외 1 주식회사에 반환되어 3개 회사를 위하여

사용되었다고 할 수 없어 자본충실의 원칙에 반하는 것으로 봄이 상당하다고 판단하여 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

그러나, 원심의 위와 같은 판단은 수긍하기 어렵다.

상법 제628조의 납입가장죄는 상법 제622조 제1항에 규정된 자가 납입 또는 현물 출자의 이행을 가장하는 행위를 한 때에 성립하는 이른바 신분범으로, 상법 제622조 제1항에는 납입가장죄의 주체를 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사위원회 위원, 감사 또는 상법 제386조 제2항, 제407조 제1항, 제415조 또는 제567조의 직무대행자, 지배인 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인으로 한정하고 있는데, 여기서 이사라 함은 상법상 회사의 적법한 이어나 대표이사의 지위에 있는 자를 의미하고(대법원 1978. 11. 28. 선고 78도1297 판결, 대법원 1986. 9. 9. 선고 85도218 판결 등 참조), 기타 회사영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이라 함은 같은 조항 전단에 그 회사영업에 관한 포괄적 대리권을 가지는 지위에 있는 자들을 열거한 취지와 형법에 일반배임죄와 업무상배임죄를 규정한 외에 상법에 특별배임죄를 따로 규정하고 있는 취지로 보아 적어도 회사의 영업의 어떤 종류 또는 특정한 사항에 관하여 대외적으로 회사를 대리할 수 있는 부분적이기는 하나 포괄대리권을 가진 자만을 말하고 비록 그 회사의 영업에 관하여 어떤 사항을 위임 받은 사용인이라 하더라도 그 위임받은 사항이 포괄적인 것이 아닌 개개의 구체적 사항에 불과한 것인 경우에는 이에 해당하지 않는다고 봄이 타당하다 할 것이다(대법원 1978. 1. 24. 선고 77도1637 판결 참조).

이 사건에서 피고인은 3개 회사의 발기인, 업무집행사원, 이사, 감사, 이사직무대행자 또는 지배인이 아님은 기록상 알 수 있으므로 피고인이 위 법조항의 회사영업에 관

한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인에 해당하는지 여부에 관하여 보건대, 원심이 인정한 사실에 의하면 피고인은 3개 회사의 대주주로서 3개 회사의 경영에 상당한 영향력을 행사해오다가 그 증자과정을 지시·관여하였다는 것인바, 그러한 사실관계라면 피고인은 상법 제401조의2에서 규정하는 업무집행지시자로 볼 수 있을지 인정 3개 회사의 사용인으로서 자본증자에 관한 사항을 위임받은 자라고 볼 수는 없다 할 것이다.

결국 피고인은 상법상의 납입가장죄의 주체에 해당하는 자의 지위에 있지 않다고 할 것임에도 불구하고 원심은 피고인이 상법 제622조 제1항에 규정된 자에 해당한다고 보아 판시 각 납입가장죄를 유죄로 인정함으로써 상법 제622조 제1항에 규정된 납입가장죄의 주체와 신분범에 관한 법리를 오해한 위법을 저질러 판결에 영향을 미쳤음이 분명하므로, 이 부분 공소사실에 관한 나머지 상고이유에 대하여 판단할 필요 없이 원심 판결은 파기를 면할 수 없다.

3. 결론

그렇다면 원심판결 중 이 사건 각 상법위반의 공소사실 부분은 더 이상 유지할 수 없게 되었다 할 것인바, 위 각 죄는 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 피고인의 나머지 상고이유 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결의 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 김황식 _____

대법관 이규홍 _____

주 심 대법관 박재윤 _____

대법관 김영란 _____