

# 부 산 지 방 법 원

## 제 7 형 사 부

### 판 결

사 건	2012고합987 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 나. 상법위반 다. 공정증서원본불실기재 라. 불실기재공정증서원본행사 마. 위계공무집행방해
피 고 인	1. 가.나.다.라.마. A 2. 나.다.라.마. B
검 사	유경필(기소), 전현민(공판)
변 호 인	법무법인 A'(피고인 A을 위한 사선) 변호사 B'(피고인 B을 위한 국선)
판 결 선 고	2013. 3. 27.

### 주 문

피고인 A을 징역 1년 6월에, 피고인 B을 징역 6월에 각 처한다.

다만, 피고인 B에 대하여는 이 판결 확정일부터 2년간 위 형의 집행을 유예한다.

## 이 유

### 범 죄 사 실

#### [범죄전력]

피고인 A은 2011. 12. 23. 부산지방법원에서 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄로 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 2011. 12. 31. 위 판결이 확정되었다.

#### [범죄사실]

피고인 A은 부산 서구 C에 있는 피해자 D(2007. 8. 14. 설립 당시 D'이었다가 2008. 8. 29. 명칭이 변경되었는데, 이하 '피해자 회사'라고 한다)의 발기인이자 2007년 8월경부터는 영업본부장, 2009. 4. 30.경부터 2012. 1. 18.경까지는 피해자 회사의 대표이사를 역임한 사람이고, 피고인 B은 피해자 회사의 발기인이자 2007. 8. 13.경부터 2009. 4. 30.경까지 피해자 회사의 대표이사를 역임한 사람이다.

#### 1. 피고인들의 공동범행

피고인들은 부산시가 감천항에 새로운 수산물도매시장을 개설하기로 하면서 그 운영을 맡을 도매시장법인의 지정요건으로 '자본금 100억 원 이상 확보하고 있는 법인'이란 기준을 제시하자 기존에 납입된 자본금을 순환출자 형식으로 인출하였다가 새로이 자본금을 납입하는 것처럼 가장하여 위 요건을 충족시켜 도매시장법인 지정을 받기로 공모하였다.

##### 가. 상법위반

발기인, 이사, 기타 임원 등은 납입 또는 현물출자의 이행을 가장하는 행위를 하여서는 아니된다.

그럼에도 피고인들은 2007. 11. 22.경 그 때까지 피해자 회사에 납입된 총 40억 원

의 자본금 가운데 34억 원을 인출하여 그 무렵 피해자 회사 영업부장 E의 명의로 설립한 페이퍼컴퍼니인 'F'에 출자한 후 피고인 A이 대표자인 'G'에 대여한 것처럼 처리하였다가 2007. 11. 27.경 'G' 명의로 피해자 회사의 법인통장에 주금으로 34억 원을 입금하였다.

이로써 피고인들은 피해자 회사의 발기인으로서 공모하여 납입을 가장하는 행위를 하였다.

#### 나. 공정증서원본불실기재, 불실기재공정증서원본행사

피고인들은 2007. 11. 28.경 부산지방법원 등기과 사무실에서, 성명을 알 수 없는 등기공무원으로 하여금 피해자 회사의 자본의 총액이 실제로는 42억 원에 불과함에도 76억 원으로 증자되었다는 내용의 변경등기를 경료하게 함으로써 등기공무원에 대하여 허위신고를 하여 공정증서원본인 상업등기부에 불실의 사실을 기재하게 하고, 그 무렵 그 곳에 위와 같이 불실의 사실이 기재된 등기부를 비치하게 하여 이를 행사하였다.

#### 다. 위계공무집행방해

피고인들은 2007. 12. 10.경 부산광역시 수산진흥과 사무실에서, 그 때까지 피해자 회사에 실제로 납입된 자본의 총액이 71억 5,000만 원에 불과함에도 105억 5,000만 원이라는 허위 내용이 기재된 상업등기부를 도매시장법인 심사 담당공무원에게 제출하여 2008. 5. 30.(가지정일 : 2007. 12. 31.) 피해자 회사가 도매시장 법인으로 지정되게 하였다.

이로써 피고인들은 공모하여 위계로써 도매시장법인 지정 담당공무원의 정당한 심사 업무를 방해하였다.

#### 2. 피고인 A의 단독범행

피고인 A은 2007년 8월경부터 피해자 회사의 영업본부장으로서 회사의 영업을 총괄 하면서 피해자 회사의 이익을 위하여 업무를 처리하여야 할 임무가 있었다.

피고인 A은 피해자 회사의 발기인으로서 설립자본금 27억 5,000만 원을 개인적으로 차용하여 자본금으로 납입하였다가 이를 갚을 방법이 없자 물량 상장을 위한 전도금 명목으로 서류를 꾸미고 법인 자금으로 이를 갚기로 마음먹고, 2008. 1. 30.경 피해자 회사 사무실에서, 피고인 A이 대표자인 H에 물량상장을 위한 전도금을 지급하는 것처럼 서류를 꾸며 회사에 제출하고 4,500만엔(한화 3억 9,800만 원)을 H 법인계좌로 송금받은 것을 비롯하여 그 때부터 2008. 7. 22.경까지 사이에 별지 범죄일람표 기재와 같이 총 6회에 걸쳐 합계 28억 9,794만 원을 인출하여 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 회사에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

## 증거의 요지

### [범죄사실]

#### 1. 피고인들의 각 법정진술

##### 1. 제3회 공판조서 중 증인 B, 제4회 공판조서 중 증인 I, E의 각 진술기재

##### 1. J, E, I, K, L에 대한 각 경찰 진술조서

##### 1. D, F, G의 각 법인등기부등본, 법인 설명자료, 자필 메모(A), 각 기안지, 물량상장을 위한 선급금 계약서, 각 인보이스, 거래내역서, 선급금 내역, 부산시 도매시장 지정 공고문, 도매시장법인 지정신청서, 도매시장법인 지정서, 이사회 결의

##### 1. 수사보고(A횡령금액)

### [범죄전력]

#### 1. 사건송치서, 판결문 사본, 피고인 A에 대한 조회회보서

## 법령의 적용

### 1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

가. 피고인 A: 상법 제628조 제1항, 제622조 제1항, 형법 제30조(가장납입의 점), 형법 제228조 제1항, 제30조(공정증서원본불실기재의 점), 형법 제229조, 제30조(불실기재공정증서원본행사의 점), 형법 제137조, 제30조(위계공무집행방해의 점), 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제355조 제2항(배임의 점, 포괄하여), 각 징역형 선택

나. 피고인 B: 상법 제628조 제1항, 제622조 제1항, 형법 제30조(가장납입의 점), 형법 제228조 제1항, 제30조(공정증서원본불실기재의 점), 형법 제229조, 제30조(불실기재공정증서원본행사의 점), 형법 제137조, 제30조(위계공무집행방해의 점), 각 징역형 선택

### 1. 경합범의 처리

피고인 A: 형법 제37조 후단, 제39조 제1항

### 1. 경합범가중

각 형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조(피고인 A에 관하여는 형이 가장 무거운 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 정한 형에 경합범 가중, 피고인 B에 관하여는 죄질이 가장 무거운 상법위반죄에 정한 형에 경합범 가중)

### 1. 작량감경

피고인 A: 형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(아래 양형의 이유 중 유리한 정상 참작)

## 피고인 A 및 그 변호인의 주장에 관한 판단

## 1. 상법위반죄 등의 불성립에 관한 주장

### 가. 주장의 요지

피고인 A은 G의 대표자로서 비록 위 회사가 F로부터 차용한 34억 원을 피해자 회사에 입금하여 주금을 납입한 것이기는 하나, 실제로 순환출자의 형태로 위 돈을 피해자 회사에 자본금으로 출자하였고 이후 위 돈을 인출하거나 상환받은 사실이 없으므로 상법위반죄에 해당하지 아니하고, 이를 전제로 하는 공정증서원본불실기재죄, 불실기재 공정증서원본행사죄, 위계공무집행방해죄 또한 성립하지 않는다.

### 나. 판단

상법 제628조 제1항에서 규정한 가장납입죄는 회사의 자본충실을 기하려는 법의 취지를 유린하는 행위를 단속하려는 데 그 목적이 있는 것이므로, 당초부터 진실한 주금납입으로 회사의 자금을 확보할 의사 없이 형식상 또는 일시적으로 주금을 납입하고 이 돈을 은행에 예치하여 납입의 외형을 갖추고 주금납입증명서를 교부받아 설립등기를 마친 다음 바로 그 납입한 돈을 인출한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 실질적으로 회사의 자본이 늘어난 것이 아니어서 가장납입죄가 성립하지만, 그 인출금을 회사의 운영자금 및 사무비 등 회사를 위하여 사용한 것으로 볼 수 있는 경우 또는 이미 회사가 자본금 상당에 해당하는 자산을 가지게 되었거나 양도받기로 되어 있어 그 인출금을 그 자산의 취득과정에서 발생한 대차관계를 정산하는 데 사용하거나 그 양수자금으로 사용한 것으로 볼 수 있는 경우에는 회사의 자본충실을 해하지 않으므로 주금납입의 의사 없이 납입한 것으로 볼 수 없게 되어 가장납입죄가 성립하지 않는다(대법원 1979. 12. 11. 선고 79도1489 판결, 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3057 판결, 대법원 2001. 8. 21. 선고 2000도5418 판결, 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도856 판결

등 참조).

위 범죄사실을 앞에서 든 증거 및 위 법리에 비추어 보건대, 비록 피해자 회사는 피고인들에 의하여 G 명의로 입금된 34억 원 상당의 주금을 출금하여 피해자 회사의 법인 업무에 사용하였고, 주금 이외에도 F에 대하여 출자한 34억 원 상당의 자산을 가지게 되었으므로, 피해자 회사의 자본충실을 해하지 않는 것으로 볼 여지도 있다.

그러나 G 명의로 입금된 주금 34억 원은 피고인들이 피해자 회사에 이미 납입되어 있던 총 40억 원의 자본금을 인출하여 페이퍼컴퍼니에 불과한 F에 출자한 후 다시 그 돈을 G에 대여한 것으로 처리하여 G 명의로 피해자 회사에 입금한 것에 불과하고, 따라서 피해자 회사의 자본금이 형식적으로 34억 원 상당 증액되었다 하더라도 실질적으로는 피해자 회사의 자본충실을 해하지 않았다고 볼 수 없으므로, 위 주장은 이유 없다.

## 2. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률위반(배임)죄의 불성립에 관한 주장

### 가. 주장의 요지

피고인 A은 이 사건 범행 당시 피해자 회사의 영업본부장으로서 회사의 업무를 총괄하는 업무만 담당하였을 뿐 자금집행에 관하여 아무런 권한이 없었고, 당시 피해자 회사의 대표이사였던 피고인 B이 자금집행을 담당하는 최종 결재권자였으므로, 피고인 A은 배임죄의 구성요건인 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 않다.

### 나. 판단

배임죄에 있어서 타인의 사무를 처리하는 자라 함은 양자간의 신임관계에 기초를 둔 타인의 재산보호 내지 관리의무가 있음을 그 본질적 내용으로 하는 것이므로, 배임죄의 성립에 있어 행위자가 대외관계에서 타인의 재산을 처분할 적법한 대리권이 있음을

요하지 아니한다(대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3219 판결 참조).

앞에서 든 증거들에 비추어 보면, 피고인 A은 비록 대외적 직책이 영업본부장이었다고는 하나, 실질적으로는 피해자 회사의 대표이사였던 피고인 B과 함께 피해자 회사를 운영하고 회사의 자금을 집행하는 등 피해자 회사의 업무 전반을 담당하는 실질적 운영자의 지위에 있었던 사실이 충분히 인정되므로, 설령 피고인 A이 대외적 관계에서 피해자 회사의 재산을 처분할 적법한 대리권 또는 대표권이 없었다 하더라도 위 범죄의 성립에 아무런 영향이 없으므로, 위 주장은 이유 없다.

## 양형의 이유

### 1. 피고인 A

가. 처단형의 범위 : 징역 1년 6월 ~ 11년 3월[범행 후 형법 개정에 따라 유기징역형의 상한이 무겁게 변경되었으므로 구 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정되기 전의 것) 제42조의 규정에 따라 경합범가중 및 작량감경을 한 처단형의 범위]

나. 양형기준에 따른 권고형의 범위

[유형의 결정] 횡령·배임범죄, 제3유형(5억 원 이상 50억 원 미만)

[특별양형인자] 감경요소(처벌불원 또는 상당부분 피해 회복된 경우)

[권고형의 범위] 감경영역(징역 1년 6월 ~ 7년 2월, 이중경합범 처리방법에 따름)

다. 선고형의 결정 : 징역 1년 6월

[일반양형인자] 감경요소(진지한 반성)

라. 집행유예 기준

[주요참작사유] 부정적(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금)

긍정적(상당부분 피해 회복된 경우)



[일반참작사유] 부정적(동종 전과가 있거나 2회 이상 집행유예 이상 전과)

{대량피해자(주주)를 발생시킨 경우}

긍정적(진지한 반성)

(상당금액 공탁, 일부 피해 회복, 진지한 피해 회복 노력)

마. 양형이유

이 사건 범행은 피고인 A이 피해자 회사로 하여금 부산 감천항의 수산물도매시장의 운영을 맡을 법인으로 지정되도록 하기 위하여 자본금 100억 원 이상의 요건을 갖추지 못하였음에도 불구하고 이를 충족한 것처럼 가장하기 위하여 주금의 납입을 가장한 것이므로 그 죄질이 무거운 점, 또한 피고인 A은 피해자 회사의 사무를 처리하는 자의 지위에서 자신이 위 회사에 납입한 설립자본금 27억 5,000만 원을 지급받기 위하여 물량 상장을 위한 전도금 명목으로 서류를 꾸미고 총 6회에 걸쳐 위 회사의 자금을 송금하는 방법으로 합계 28억 9,794만 원을 인출하여 같은 액수 상당의 재산상 이익을 얻고 피해자 회사에 같은 액수 상당의 재산상 손해를 가한 것으로, 그 손해액의 규모가 합계 28억 원이 넘는 점, 위와 같은 대규모의 배임 범행으로 피해자 회사의 운영에 큰 타격을 입혔고, 이로써 부산광역시가 추진하던 국제수산물도매시장의 지속적인 발전에도 해를 가한 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 그 죄질 및 범정이 매우 무거우므로 피고인 A을 엄중히 처벌하여야 할 필요가 있다.

다만, 피고인 A이 이 사건 범행을 인정하면서 자신의 잘못을 반성하고 있는 점, 이 사건 범행으로 취득한 금액 중 상당한 금액을 피해자 회사에 반환한 것으로 보이고 피고인이 보유하고 있는 피해자 회사 주식에 질권을 설정하여 주는 등 피해회복을 위하여 노력한 점, 이 사건 범행은 판결이 확정된 판시 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한

법률위반(배임)죄와 형법 제37조 후단의 경합범 관계에 있어 동시에 심판받을 경우와 의 형평을 고려하여야 하는 점 등 피고인 A에게 유리한 정상도 고려하고, 그 밖에 피고인 A의 나이, 성행, 환경, 범행의 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 모든 사정을 참작하여 피고인 A에 대하여 양형기준의 범위 내에서 주문과 같이 형을 정한다.

## 2. 피고인 B

이 사건 범행은 자본을 가장납입하여 주식회사의 본질을 훼손하는 행위인 점, 가장납입한 돈이 34억 원에 달하는 거액인 점, 가장납입으로 인해 공정증서원본의 신용을 해하고 공적인 업무인 부산 감천항의 수산물도매시장의 운영을 맡을 법인을 지정하는 업무를 방해하여 공공의 이익을 해한 점 등에 비추어 보면, 피고인 B의 범행은 그 죄질 및 범정이 무겁다.

다만, 피고인 B은 이 사건 범행으로 인하여 별다른 경제적인 이익을 얻은 바 없고, 자신의 범행을 시인하고 반성하고 있는 점, 이 사건 범행 이전에 아무런 범죄를 저지른 전력이 없는 점 등 그 밖에 피고인 B의 나이, 성행, 환경, 범행의 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건에 나타난 양형의 조건이 되는 모든 사정을 참작하여 피고인 B에 대하여 양형기준의 범위 내에서 주문과 같이 형을 정한다.

재판장      판사      노갑식 \_\_\_\_\_

판사      이영은 \_\_\_\_\_

판사 박창희 \_\_\_\_\_