대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2010도11382 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) [예비적 죄명 : 특정경제범죄가중처벌등에관한 법률위반(사기)] 나. 조세범처벌법위반 다. 업무상횡령 라. 주식회사의외부감사에관한법률위반 마. 증권거래법위반
피 고 인	피고인 1 외 1인
상 고 인	피고인들 및 검사(피고인들에 대하여)
변 호 인	변호사 나윤주(피고인 1을 위한 국선) 법무법인 충정(피고인들을 위하여) 담당변호사 김중곤 외 1인
원 심 판 결	서울고등법원 2010. 8. 20. 선고 2009노2284 판결
판 결 선 고	2012. 11. 15.

주 문

원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분 및 피고인들에 대한 허위 세금계산서 수취에 의한 조세범처벌법위반 및 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반 부분과 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 관한 각 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

나머지 부분에 대한 검사의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 검사의 상고이유에 대하여

가. 허위 세금계산서 수취에 의한 조세범처벌법위반 관련 불고불리의 원칙 등에 관한 법리오해 등의 점

(1) 공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 함에 있으므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장 변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2001. 2. 23. 선고 2000도6113 판결, 대법원 2006. 4. 28. 선고 2005도4085 판결 등 참조).

한편, 구 조세범처벌법 (2004. 12. 31. 법률 제7321호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 조세범처벌법'이라고 한다) 또는 개정 조세범처벌법 (2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '개정 조세범처벌법'이라고 한다) 시행 당시 부가가치세법의

규정에 의하여 세금계산서를 교부받아야 할 자와 매입처별세금계산서합계표를 정부에 제출하여야 할 자가 재화 또는 용역을 공급받으면서 공급자와의 통정에 의하여 공급가액을 부풀리는 등 허위 기재를 한 세금계산서를 교부받은 경우, 이러한 행위는 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항 위반에 해당한다.

(2) 원심은 제1심이 공소장의 적용법조란에 기재된 '조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호'를 그대로 적용하여 유죄로 인정한 '이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 ○○○○○○○로부터의 허위 세금계산서 수취에 의한 조세범처벌법위반의 점'에 대하여, 공소외 1 주식회사의 대표이사인 피고인 1과 그 회계 업무를 담당하고 있던 피고인 2는 ○○○○○○○○로부터 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발행하여 교부받은 것이 아니라 실물거래를 하면서 공급가액을 부풀려 허위 기재한 세금계산서를 교부받은 것이므로, 이에 대하여 부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급하지 아니하고 세금계산서를 교부하거나 교부받은 행위를 처벌하는 구 조세범처벌법 제11조의2 제4항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호를 적용하여 처벌할 수 없다고 판단하였다.

나아가 원심은 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있다 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장 변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다고 전제한 다음, 이 부분 공소사실은 '피고인들이 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자인 공소외 2와 공모하여 ○○○○○○○ 명의의 허위 세금계산서를 교부하였다'는 점에 있는 것이 아니라 '피고인들

이 공소외 2와 공모하여 ○○○○○○○○로부터 허위 세금계산서를 교부받았다'는 점에 있으므로, 부가가치세법의 규정에 의하여 세금계산서를 작성하여 교부하여야 할 자가 허위 세금계산서를 교부한 경우만을 처벌대상으로 삼고 있는 구 조세범처벌법 제11조의2 제1항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제1항 제1호 또한 적용될 여지가 없다 할 것이어서, 이 부분 공소사실은 "범죄로 되지 아니하는 때"에 해당하여 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 하는데도 이와 달리 유죄로 인정한 제1심판결에는 직권파기 사유가 있다는 취지로 판단하였다.

(3) 그러나 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

비록 검사가 이 부분 공소사실에 대하여 '조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호'를 적용법조로 기재하여 공소를 제기하였지만, 이 부분 공소사실의 내용은 원심 판시와 같이 실물거래를 하면서 그 공급가액을 부풀려 허위 기재를 한 세금계산서를 교부받은 것으로서 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항 위반에 해당하는 것임이 분명하다.

그리고 이 부분 공소사실 중 원심판결 별지 범죄일람표(1) 순번 제1번 내지 제90번 기재 각 범행에 대하여는 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항이 적용되는데 그 법정형을 같은 조 제4항의 그것과 비교할 경우 선택형으로 되어 있는 벌금형의 상한은 같은 조 제2항이 더 가벼운 반면 징역형은 같은 조 제2항의 상한이 3년으로서 같은 조 제4항의 상한인 2년보다 1년 정도 높기는 하나, 위에서 본 여러 사정을 아울러 참작하면, 이와 같은 정도로 징역형이 더 무겁다는 사정만으로 같은 조 제2항의 법령 적용이 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 준다고 할 수 없다(대법원 2006. 4. 14. 선고 2005도9743 판결 등 참조).

또한 이 부분 공소사실 중 원심판결 범죄일람표(1) 순번 제91번 내지 제129번 기재 각 범행에 대하여는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항이 적용되는데 그 법정형을 같은 조 제4항 제1호의 그것과 비교할 경우 선택형으로 되어 있는 벌금형의 상한은 같은 조 제2항이 더 가볍고 징역형의 상한은 서로 동일하므로, 이 역시 앞에서 본 여러 사정을 함께 참작할 때 같은 조 제2항의 법령 적용이 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 준다고 할 수 없다.

그렇다면 비록 제1심이 이 부분 공소사실에 대하여 공소장 기재에 따라 '조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호'를 적용한 것은 부적절하지만, 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항을 적용하여 유죄로 인정하더라도 피고인들의 방어에 실질적인 불이익을 주지 아니한다고 할 것이다.

(4) 따라서 피고인들과 그 변호인들이 제1심에서 이 부분 공소사실을 모두 인정하였고 이에 관하여 유죄로 판단한 제1심의 이 부분 법령적용에 대하여 항소이유로 삼지 아니한 이 사건에서 이 부분 공소사실은 이에 적합한 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항에 의하여 유죄로 인정될 수 있음에도, 이 부분 공소사실과 무관한 구 조세범처벌법 및 개정 조세범처벌법의 다른 규정들이 적용될 수 없다는 것만을 이유로 들어 이 부분 공소사실이 범죄로 되지 아니한 때에 해당한다고 보아 직권으로 제1심판결을 취소한 원심판결에는, 공소장에 기재되지 아니한 법조의 적용 및 구 조세범처벌법 제11조의2 제2항 또는 개정 조세범처벌법 제11조의2 제2항에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

나. 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반의 범의에 관한

법리오해 등

(1) 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호의 '부가가치세법의 규정에 의한 재화 또는 용역을 공급함이 없이 부가가치세법의 규정에 의한 세금계산서를 교부하는 행위를 한 자'는 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발행하는 행위를 하는 자(이른바 자료상)를 의미하는 것으로 보아야 하고, 재화나 용역을 공급하기로 하는 계약을 체결하는 등 실물거래가 있음에도 세금계산서 교부시기에 관한 부가가치세법 등 관계 법령의 규정에 위반하여 세금계산서를 교부함으로써 그 세금계산서를 교부받은 자로 하여금 현실적인 재화나 용역의 공급 없이 부가가치세를 환급받게 한 경우까지 처벌하려는 규정이라고는 볼 수 없다(대법원 2004. 6. 25. 선고 2004도655 판결 참조). 여기서 재화나 용역을 공급하기로 하는 계약을 체결하는 등 실물거래가 있다는 것은 당사자 사이에 재화나 용역을 공급하기로 하는 구속력 있는 합의가 있음을 의미하는 것으로서, 구 부가가치세법(2006. 12. 30. 법률 제8142호로 개정되기 전의 것) 제16조 제1항 제3호, 제5호, 같은 법 시행령(2007. 2. 28. 대통령령 제19892호로 개정되기 전의 것) 제53조 제1항 제3, 4호에서 세금계산서에 기재할 사항 중의 하나로 규정하고 있는 공급가액, 공급품목, 단가, 수량 등에 관하여도 합의가 있어야 한다.

한편, 피고인이 실물거래 없이 가공의 세금계산서를 발행한 행위에 대한 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인지는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1523 판결, 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유에 의하면, 원심은 (가) '이 사건 공소사실 중 공소외 3 주식회사'에 대한 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반의 점'과 관련하여, ① 공소외 1 주식회사에서 2006. 1. 중순경 2005. 12. 31. 2,647,279,900원 상당의 화장품 등을 공소외 3 주식회사에 공급한 바가 없음에도 이를 공급한 것처럼 기재한 세금계산서를 작성하여 공소외 3 주식회사에 교부하였고, ② 공소외 4가 운영하던 공소외 3 주식회사는 2006. 초부터 영업활동 자체가 거의 없어 상품을 대량으로 구매할 수 있는 형편이 아니었고, 그 무렵 공소외 3 주식회사 회원들에 대한 판매수당 30억 원 정도도 지급할 여력이 없었으며, ③ 피고인들은 공소외 4가 2005. 12.경 2006년 제품 공급에 차질이 없도록 미리 준비하여 달라는 부탁을 받고 제품을 생산한 후 위 세금계산서를 교부한 것이라고 주장하나, 공소외 4는 그 무렵 상품을 구매할 수 있는 여력이 되지 않았고 피고인들로부터 이 부분 세금계산서의 발행을 사전에 양해하거나 동의한 바도 없다고 진술하고 있으며, ④ 피고인들은 공소외 1 주식회사의 우회 상장을 위해 위 회사의 매출액을 늘릴 필요가 있었던 것으로 보이고, ⑤ 피고인들이 공소외 3 주식회사에 대한 위 세금계산서의 매출액에 상당하는 물품대금의 지급을 독촉하였다는 점을 인정할 자료가 없으며, ⑥ 위 세금계산서상 매출액에 관하여 공소외 3 주식회사로부터 발주가 없었을 뿐만 아니라 그 세금계산서상의 대상 물품을 공소외 1 주식회사 측에서 임의로 정하는 등 거래 당사자 사이에 공급품목에 대한 합의가 없었다는 점 등의 사정을 인정하면서도, (나) 다른 한편 ① 공소외 3 주식회사가 2005. 8.경부터 2005. 12.경까지 공소외 1 주식회사와 13,025,646,183원 상당(부가가치세 포함)의 물품 거래를 하면서 그 기간 동안 공소외 1 주식회사에 16,050,000,000원을 지급하였고, ② 공소외 3 주식회사가 공소외 1 주식회사에 초과 지급한 자금은 공소외 1 주식

회사의 자금 사정상 편의를 위한 물품대금 명목의 선급금이었다고 봄이 상당하며, ③ 공소외 1 주식회사는 계속적 공급거래에 있는 공소외 3 주식회사에 공급할 물건을 수시로 생산하여 일별 재고량을 파악하여 두었다가 공소외 3 주식회사의 발주가 있으면 그 재고량 중에서 물품을 출고한 것으로 보이고, ④ 이에 공소외 1 주식회사가 이미 지급받은 선수금의 범위 내에서 주문자 상품부착 생산방식으로 공소외 3 주식회사에 공급할 물품을 상당 부분 생산하여 두었으나, 공소외 3 주식회사가 경영 상태의 악화 등의 이유로 공소외 1 주식회사에 대한 더 이상의 물품 발주가 어려웠던 것으로 보이며, ⑤ 피고인들이 이 부분 세금계산서의 매출세액을 포함하여 부가가치세를 신고한 사정까지 종합해보면, (다) 피고인들이 비록 공소외 1 주식회사의 매출을 늘리기 위한 목적으로 이 부분 세금계산서를 교부하였다고 하더라도 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호 소정의 부가가치세법의 규정에 의한 재화나 용역을 공급함이 없이 세금계산서를 교부한다는 범의가 있었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 그러나 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 위와 같은 원심의 판단은 수긍하기 어렵다.

먼저 원심이 설시한 사정에 의하더라도, 공소외 1 주식회사가 2006. 1. 중순경 공소외 3 주식회사에 2005. 12. 31.자 세금계산서를 교부할 당시, 공소외 3 주식회사가 그 세금계산서에 기재된 공급물품 2,647,279,900원 상당에 대하여 발주한 적이 없고, 공소외 1 주식회사와 공소외 3 주식회사 사이에 위 공급물품을 거래하기로 하는 구속력 있는 합의도 없었으며 그 당시는 물론이고 그 후에도 위 물품을 실제 공급한 바도 없었으므로, 공소외 1 주식회사 측이 단지 2005년 하반기 거래과정에서 공소외 3 주식회사

로부터 초과하여 지급받은 약 30억 원을 보유하고 있다는 이유로 공소외 3 주식회사에 공급품목 등을 임의로 기재한 공급가액 2,647,279,900원의 세금계산서를 교부한 행위는 실물거래 없이 허위 세금계산서를 교부하는 행위로서 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호 위반에 해당한다고 보아야 한다.

나아가 원심이 배척하지 아니한 제1심판결 이유와 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, ① 2005. 12. 31.자 세금계산서 발행 이전의 정상적인 거래 방식은 공소외 3 주식회사에서 공소외 1 주식회사 서울사무소에 발주서를 발송하면 공소외 1 주식회사 서울사무소에서 팩스나 이메일로 공소외 1 주식회사 천안공장에 발주서를 송부한 후 천안공장에서 재고를 파악하여 출고하고, 공소외 3 주식회사의 동탄 물류센터에서는 발주서와 샘플, 세금계산서, 거래명세표를 입고 물품과 함께 검수한 다음 거래명세표와 세금계산서 1부는 본사로, 다른 1부는 납품업체로 송부하는 과정을 거치는 방식이었는데, 2005. 12. 31.자 세금계산서 발행 과정은 이러한 통상적인 방식과 전혀 동떨어진 것이고, ② 재경팀장인 공소외 5는 검찰 조사과정에서 "공소외 1 주식회사에서 근무할 당시 2006. 1. 중순경 피고인 2가 불러서 2005년도 매출액이 2004년도보다 약 40억 내지 50억 원 감소하였으므로 매출액을 늘려서 결산을 하라고 하여, 거래가 없음에도 부가가치세를 포함하여 2,912,006,900원 상당의 허위 매출세금계산서를 발행하여 공소외 3 주식회사에 제공하여 주었고, 이러한 세금계산서는 2005. 12.까지 공소외 3 주식회사로부터 받은 선수금과는 관련이 없다"는 취지로 진술하였고, 피고인 2도 검찰 조사과정에서 같은 취지로 진술하였으며, ③ 공소외 1 주식회사에서는 2006. 1. 중순경 공소외 3 주식회사에 2005. 12. 31.자 세금계산서를 발급한 이후 공소외 3 주식회사에 여러 차례에 걸쳐 물품을 실제로 공급하는 거래를 하였는데, 그 거래 당시 위와 같이

공소외 3 주식회사로부터 초과 지급받은 약 30억 원의 범위 내에서 물품대금채권을 상계처리하는 한편, 그 공급물품에 대한 세금계산서를 2005. 12. 31.자 세금계산서와 별도로 작성하여 공소외 3 주식회사에 교부한 사실 등을 알 수 있다.

위와 같은 2005. 12. 31.자 세금계산서의 발급 이전의 물품거래 및 세금계산서 발행 방식, 2005. 12. 31.자 세금계산서를 발급하게 된 경위 및 목적과 아울러, 2005. 12. 31.자 세금계산서의 발행이 공소외 3 주식회사로부터 초과 지급받은 30억 원의 범위 내에서 향후 거래가 이루어질 것을 전제로 미리 발행한 것이라면 그 후 이루어진 공소외 3 주식회사와의 거래에서는 다시 세금계산서를 발행하지 않아야 하는데도 이를 다시 발행하였다는 것은 2005. 12. 31.자 세금계산서의 발행이 향후 있을 거래와는 무관하게 발행된 것이라는 것을 뒷받침하는 점 등의 사정을 앞에서 본 여러 사정들에 보태어 보면, 피고인들이 2005. 12. 31.자 세금계산서를 공소외 3 주식회사에 교부한 것은 실물거래 없이 우회 상장을 계획하고 있던 공소외 1 주식회사의 매출이 늘어난 것처럼 보이도록 허위 세금계산서를 교부한 것으로서 그 당시 피고인들에게 허위 세금계산서 교부의 범의가 있었다고 보기에 충분하다.

(4) 그런데도 원심이 그 판시와 같은 사정을 들어 피고인들에게 2005. 12. 31.자 세금계산서 교부 당시 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호 위반의 범의가 있었다고 보기 어렵다고 보아 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 데에는, 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호의 해석·적용에 관한 법리를 오해하고, 논리와 경험칙에 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

다. 업무상 배임죄에 관한 법리오해 등의 점에 대하여

(1) 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는데, 여기서 그 '임무에 위배하는 행위'는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하고, '재산상의 손해를 가한 때'는 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함한다(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결, 대법원 2010. 10. 28. 선고 2009도1149 판결 등 참조).

(2) 원심은, '이 사건 공소사실 중 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점'에 대하여, 피고인 1이 주식회사 공소외 6 주식회사의 대표이사로 선임되어 공소외 6 주식회사의 사무를 처리하는 지위에 있게 된 2006. 7. 13. 당시에는 공소외 6 주식회사의 임시 주주총회에서 공소외 1 주식회사의 대표이사 피고인 1과 공소외 6 주식회사의 대표이사 공소외 7 사이에서 같은 해 5. 30. 체결되었던 포괄적 주식교환계약에 관한 승인 안건이 가결된 후이고, 위 포괄적 주식교환계약에서 이미 공소외 1 주식회사의 주식과 공소외 6 주식회사의 주식을 1 : 41.26의 비율로 교환하기로 정해져 있었으므로, 피고인 1이 공소외 1 주식회사의 주식가치가 적정가격보다 과대평가되어 있다는 사정을 알고 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로는 위 포괄적 주식교환계약이 당연무효가 되는 것은 아니고, 특별한 사정이 없는 한 위 포괄적 주식교환계약을 취소할 수 있는 것도 아니어서 신의칙상 피고인에게 위 포괄적 주식교환계약에 따른 주식교환행위를 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대할 수 없으며, 피고인 1이

위 주식교환비율과 달리 공소외 1 주식회사의 주식을 적정가치로 재산정하여 새로이 교환비율을 정한 후 주식교환행위를 하여야 할 것이 당연히 기대된다고 볼 수도 없으므로, 피고인 1이 위 포괄적 주식교환계약에 따라 주식교환을 실시한 행위가 공소외 6 주식회사에 대한 업무상 임무에 위배되는 행위라고 할 수 없고, 달리 피고인 1의 주식교환행위가 공소외 6 주식회사에 대한 임무위배행위에 해당한다고 인정할 만한 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 그러나 앞에서 본 법리와 원심이 배척하지 아니한 제1심 채택 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실관계에 비추어 보면, 이러한 원심의 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

① 공소외 1 주식회사의 2002년도 매출액은 약 183억 원, 영업이익은 약 27억, 당기순이익은 약 17억 원, 2003년도 매출액은 약 100억 원, 영업이익은 약 13억 원, 당기순이익은 약 4억 원이었다. 공소외 1 주식회사는 2004. 5.경부터 계열사인 공소외 8 주식회사가 공유마케팅 다단계판매방식을 도입함에 따라 공소외 8 주식회사에 대한 매출액이 급증하게 되었는데, 2004년도 매출액 약 384억 원 중 공소외 8 주식회사에 대한 매출액은 약 366억 원에 달하였고, 2004년도 영업이익은 약 149억 원, 당기순이익은 약 96억 원으로 크게 늘어나게 되었다.

② 그러나 공소외 8 주식회사의 다단계판매방식에 문제가 발생하여 단속되면서 2005. 7.경 거래가 중단되기에 이르렀고, 이에 공소외 1 주식회사는 2005. 8.경부터 또 다른 다단계 판매회사인 공소외 3 주식회사와 회사 간 통합논의를 진행하며 공소외 3 주식회사를 통하여 물품판매를 하기 시작하여 약 130억 원 정도의 매출을 올렸으나 2005년도의 매출액은 2004년도에 비하여 약 55억 원 정도 감소한 약 329억 원에 그치

게 되었고, 영업이익과 당기순이익도 감소하게 되었다. 또한 공소외 3 주식회사가 2005. 12.경 재정상태가 악화되면서 공소외 3 주식회사를 통한 매출 역시 난관에 부딪히게 되었고 그 결과 공소외 1 주식회사의 2006년도 1/4분기 매출액은 3,382,857,620원 정도로 급격히 줄어들게 되었다.

③ 피고인 1은 2005. 8.경부터 공소외 1 주식회사를 우회상장하기 위한 방안을 모색하여 오다가 2005. 12.경 이듬해인 2006. 상반기경 우회상장을 하려 하였는데, 위와 같이 매출이 줄어들면 회사가치 평가에 좋지 않은 영향을 미칠 것을 우려하여, 2006. 1. 중순경 거래처인 공소외 3 주식회사에 2005. 12. 31. 공급가액 2,647,279,900원의 물품을 공급한 것처럼 세금계산서를 발행하는 방법으로 2005년 4/4분기 매출액을 2,647,279,900원만큼 늘리도록 지시하여 2005년도 총 매출액을 약 356억 원으로 부풀리고, 다시 2006. 4. 중순경 공소외 3 주식회사에 같은 해 1. 31. 공급가액 2,102,909,000원의 물품을, 같은 해 2. 28. 공급가액 2,091,013,000원의 물품을, 같은 해 3. 31. 공급가액 2,300,848,000원의 물품을 각 공급한 것처럼 세금계산서를 발행하는 방법으로 2006년 1/4분기 매출액을 합계 6,494,770,000원만큼 늘리도록 지시하여 2006년 1/4분기 총 매출액을 약 99억 원으로 부풀렸다.

④ 공소외 1 주식회사의 우회상장을 위한 회사가치 및 주식가치의 평가용역은 공소외 9 회계법인이 담당하였는데, 피고인 1은 2006. 1.경부터 같은 해 5.경 사이에 공소외 9 회계법인 소속 담당회계사 등이 위 평가작업을 할 때 위와 같이 매출액을 부풀린 2005년도 결산보고서와 2006. 1/4분기 결산보고서를 제공하였다.

⑤ 위 주식가치의 평가는 공소외 1 주식회사가 제공하는 산업, 경영정보 및 미래에 대한 추정재무제표를 바탕으로 한 것으로서, 당시 공소외 9 회계법인은 공소외 1 주식

회사의 2005년 및 2006년 1/4분기의 매출실적에 따른 매출증가율 및 업계의 성장률, 신제품 개발계획 등을 감안하여 2006년도 및 2007년도의 매출을 추정하고, 이를 토대로 영업이익과 당기순이익 등을 추정하였다.

⑥ 공소외 9 회계법인은 2006. 1.경부터 같은 해 5.경 사이에 수차례에 걸쳐 공소외 1 주식회사 측으로부터 관련자료를 제출받아 위와 같은 평가작업을 하여 오다가, 최종적으로 위와 같이 매출액을 허위 계상한 2006년도 1/4분기 영업실적이 나오자 이를 토대로 종전의 추정 수치를 변경하였다. 공소외 9 회계법인에서 공소외 1 주식회사로부터 제공받은 2006년 1/4분기 실적을 반영한 결과 공소외 1 주식회사의 주당 자산가치는 종전 23,045원에서 170원 정도 감소한 22,875원으로 평가된 반면, 주당 수익가치는 종전 126,785원에서 5,813원 정도 늘어난 132,598원으로 평가되었고, 그 결과 공소외 1 주식회사의 주당 본질가치는 종전 85,289원에서 3,420원 정도 늘어난 88,709원으로 평가되었다. 당시 공소외 9 회계법인에서는 공소외 1 주식회사의 2006년도 매출액을 387억 원, 2007년도 매출액을 421억 원으로 추정하였다.

⑦ 공소외 9 회계법인에서는 위 주식가치평가 당시 공소외 1 주식회사의 2005년도와 2006년도 1/4분기의 매출액 중 상당 부분이 허위로 계상되었다는 사정을 알지 못하였고, 계열사인 공소외 8 주식회사에 대한 매출액이 2005년도 하반기부터 급격히 감소하게 되었다는 사정을 알았지만, 공소외 1 주식회사와 통합논의를 진행하며 2005년도 하반기 매출과 2006년도 1/4분기 매출에 큰 비중을 차지하던 공소외 3 주식회사의 재정상태가 악화되어 향후 공소외 3 주식회사를 통한 매출에 상당한 차질을 빚게 되리라는 사정은 공소외 1 주식회사로부터 관련 정보를 제공받지 못하여 알지 못하였다.

⑧ 공소외 1 주식회사의 대표이사로 있던 피고인 1은 공소외 6 주식회사의 대표이사

공소외 7과 2006. 5. 30.「비상장회사인 공소외 1 주식회사의 주식교환 가액은 88,709원으로, 코스닥상장법인 공소외 6 주식회사의 주식교환 가액은 증권거래법 시행규칙 제36조의12에 의한 가액산정 방법에 따라 산정된 2,150원으로 각 정하여 공소외 1 주식회사 주식과 공소외 6 주식회사 주식의 교환비율을 1:41.26으로 하고, 공소외 1 주식회사 주식 1,000,000만주(지분 100%)를 공소외 6 주식회사에서 양수하고 공소외 6 주식회사는 액면 500원의 신주 41,260,000주를 발행하여 이를 공소외 1 주식회사의 주주들에게 교부함으로써 포괄적 주식교환을 실시하며, 2006. 7. 13. 주주총회를 개최하여 위 계약을 승인하고, 공소외 6 주식회사의 이사 또는 감사를 새로 선임한다」는 내용의 포괄적 주식교환계약을 체결하였다. 위 포괄적 주식교환계약이 그대로 실시되어 공소외 6 주식회사의 신주 41,260,000주가 공소외 1 주식회사의 대주주인 피고인 1을 비롯한 공소외 1 주식회사의 주주들에게 발행될 경우 이는 공소외 6 주식회사의 발행주식 총수 54,624,455주(기존 13,364,455주＋신주 41,260.000주)의 75.53%를 차지하게 된다.

⑨ 공소외 6 주식회사는 2006. 7. 13. 임시주주총회를 개최하여 위 포괄적 주식교환계약을 승인하고 피고인 1을 이사로 선임하였으며, 같은 날 개최된 공소외 6 주식회사의 이사회에서 피고인 1은 대표이사로 선임되었다. 피고인 1은 공소외 6 주식회사의 대표이사로서 2006. 8. 17. 위 포괄적 주식교환계약을 실시하고 같은 해 8. 31. 공소외 1 주식회사 주주들에게 공소외 6 주식회사 주식을 교부하였다,

⑩ 공소외 1 주식회사의 2006년도 실제 매출액을 결산한 결과 당초 공소외 9 회계법인에서 추정한 2006년도 매출액 387억 원의 약 25% 수준에 불과한 94억 원 정도로 밝혀졌다.

(4) 위와 같이 공소외 9 회계법인에서 공소외 1 주식회사의 주당가치를 평가할 당시 공소외 1 주식회사의 매출액은 2002년도 약 183억 원, 2003년 약 100억 원 정도의 수준이었다가 2004년도에 이르러 계열사인 공소외 8 주식회사의 다단계판매방식 도입에 따라 약 384억 원으로 급격히 증가하였으나, 다시 2005년부터 감소하기 시작하여 2006년도 1/4분기에 이르러서는 급감하기 시작하였고, 그와 같은 배경에는 2004년도 매출 및 2005년도 상반기 매출의 큰 비중을 차지하였던 공소외 8 주식회사의 판매 중단과 2005년도 하반기 매출의 상당 비중을 차지하였던 공소외 3 주식회사의 재정상태 악화라는 구조적인 문제가 자리 잡고 있었으며, 이는 특단의 경영상의 조치가 뒤따르지 아니하는 한 쉽게 타개하기 어려운 문제였다. 만일 공소외 9 회계법인에서 이러한 실상을 정확하게 고지받아 인식하고 있었더라면, 2006년도와 2007년도 매출액이 각 그 전년도에 비하여 10% 정도씩 증가하리라고 추정하기는 곤란하였을 것이고, 특히 허위 매출액이 65% 이상 반영된 2006년도 1/4분기 실적을 토대로 그 전보다 주당 수익가치가 5,813원, 주당 본질가치가 3,420원 정도 증가한 것으로 평가하지는 아니하였을 것이다.

그런데도 피고인 1은 공소외 9 회계법인에 허위 매출자료를 주식가치평가 자료로 제공하는 방법으로 공소외 1 주식회사의 매출감소 추세를 감추고 또한 2005년도 하반기 매출에 상당한 비중을 차지하고 있던 공소외 3 주식회사의 재정상태 악화를 공소외 9 회계법인에 제대로 고지하지 아니함으로써, 공소외 9 회계법인으로 하여금 2006년, 2007년에 매출액이 각 그 전년도에 비하여 10% 정도씩 증가할 것으로 추정하게 하고 이를 토대로 공소외 1 주식회사의 주당가치가 평가되고 포괄적 주식교환계약의 주식교환비율이 정해지게 하였다. 피고인 1의 이러한 행위는 포괄적 주식교환계약의 상대방

인 공소외 6 주식회사를 기망하는 행위로써 공소외 6 주식회사가 위와 같은 사정을 알았다면 기망을 이유로 포괄적 주식교환계약을 취소하는 조치를 취할 수 있었을 것이다.

포괄적 주식교환계약의 이행 사무를 처리할 당시 피고인 1은 공소외 6 주식회사의 대표이사의 지위에 있었으므로 공소외 6 주식회사를 위한 선량한 관리자로서 성실하게 공소외 6 주식회사에 최선의 이익이 되도록 충실하게 임무를 수행할 의무를 부담하고 있었고, 허위 매출자료 등에 의하여 공소외 1 주식회사의 주당가치가 증가되었다는 사정과 포괄적 주식교환계약을 그대로 실시하면 공소외 6 주식회사가 주당가치가 88,709원에 상당 정도 미달하는 공소외 1 주식회사의 주식 1,000,000주를 인수하고 그 대가로 공소외 6 주식회사의 신주 41,260,000주를 공소외 1 주식회사 주주들에게 발행하게 되어 공소외 6 주식회사가 상당한 재산상 손해를 입게 되리라는 사정을 잘 알고 있었다.

따라서 공소외 6 주식회사의 사무를 처리하는 지위에 있었던 피고인 1로서는 포괄적 주식교환계약의 이행에 관하여 공소외 1 주식회사와 공소외 6 주식회사의 이해관계가 서로 상충됨에도 공소외 6 주식회사의 이사회나 주주총회를 소집하여 위와 같은 사정을 알리고 기망을 이유로 포괄적 주식교환계약을 취소하는 등 선량한 관리자로서 공소외 6 주식회사가 입을 재산상 손해를 방지하고 공소외 6 주식회사에 최선의 이익이 되도록 그 직무를 충실하게 수행할 업무상 임무가 있었다고 보아야 한다. 피고인 1이 이러한 조치를 취하지 아니하고 오히려 사기적인 포괄적 주식교환계약에 의하여 계획된 공소외 1 주식회사 내지는 그 주주들을 위한 부당한 이익을 실현하기 위해서 그 계약을 이행한 것은 공소외 6 주식회사의 대표이사로서 당연히 하여야 할 것으로 기대되는

행위를 하지 아니한 것으로서 본인인 공소외 6 주식회사와의 신임관계를 저버리는 행위를 한 것으로 보기에 충분하다.

(5) 그런데도 원심은 피고인 1이 위와 같은 조치를 취할 것을 기대하기 어렵다거나 포괄적 주식교환계약에 따라 주식교환을 실시하는 행위가 업무상 임무에 위배된다고 볼 수 없다는 이유로 이 부분 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였다.

이러한 원심판결에는 업무상 배임죄의 성립 및 기망을 이유로 한 계약취소에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

라. 공소외 10 명의의 주식 보유에 따른 증권거래법위반에 관한 채증법칙위반의 점

원심은 '이 사건 공소사실 중 피고인 1에 대한 공소외 10 명의의 주식 보유에 따른 공소외 6 주식회사 주식 소유상황 및 소유주식수 변동 보고의무 위반 및 미공개정보 이용금지 위반에 의한 증권거래법위반의 점'에 대하여, 그 판시와 같은 이유를 들어 이 부분 공소사실에 부합하는 공소외 10의 진술은 그대로 믿기 어렵고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄라고 판단하였다.

원심판결 이유를 관계 증거에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

2. 피고인들의 상고이유에 대하여

가. 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반에 관한 법리오해 등의 점

원심은 '이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2006. 1. 31.자 허위 세금계산서,

2006. 2. 28.자 허위 세금계산서, 2006. 3. 31.자 허위 세금계산서의 교부에 의한 조세범처벌법위반의 점'에 대하여 그 판시와 같은 이유를 들어 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유의 주장과 같이 개정 조세범처벌법 제11조의2 제4항 제1호에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

나. 주식회사의외부감사에관한법률위반에 관한 법리오해 등의 점

원심은 '이 사건 공소사실 중 피고인들에 대한 2005년 사업연도 재무제표 허위 작성 및 공시, 2006년 사업연도 재무제표 허위 작성 및 공시에 의한 주식회사의외부감사에 관한법률 위반의 점'에 대하여 그 판시와 같은 이유를 들어 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단에 상고이유의 주장과 같이 기업회계기준서 제4호의 해석·적용에 관한 법리오해나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

다. 공소외 11 등 명의의 주식보유에 따른 증권거래법위반에 관한 채증법칙위반의 점

원심판결 이유를 원심이 유지한 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 그 판시와 같은 사정을 들어 '이 사건 공소사실 중 피고인 1에 대한 공소외 11, 공소외 12 명의의 주식변동 상황 보고의무 및 주식 대량보유 보고의무 위반에 의한 증권거래법위반의 점'에 대하여 유죄로 판단한 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 위법 등이 없다.

3. 파기의 범위

위와 같은 이유로 원심판결 중 피고인들에 대한 허위 세금계산서 수취에 의한 조세범처벌법위반 및 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반 부분, 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분에 대한 각 무죄 부분을 모두 파기하여야 하는데, 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분은 위 파기 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되어야 하므로 함께 파기되어야 한다.

그리고 원심이 이유무죄로 판단한 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분은 예비적 공소사실에 관한 것으로서 주위적 공소사실인 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 부분이 위와 같이 파기되는 이상 그에 대한 상고이유에 관하여 나아가 살펴볼 필요 없이 함께 파기되어야 한다.

결국 원심판결 중 피고인 1에 대한 공소외 10 명의의 주식 보유에 따른 공소외 6 주식회사 주식 소유상황 및 소유주식수 변동 보고의무 위반과 미공개정보 이용금지 위반에 의한 증권거래법위반 부분에 관한 무죄 부분을 제외한 나머지 부분은 모두 파기되어야 한다.

4. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인들에 대한 유죄 부분 및 피고인들에 대한 허위 세금계산서 수취에 의한 조세범처벌법위반 및 2005. 12. 31.자 허위 세금계산서 교부에 의한 조세범처벌법위반 부분과 피고인 1에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기) 부분에 관한 각 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 나머지 부분에 대한 검사의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과

같이 판결한다.

재판장 대법관 신영철 _____

대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 김용덕 _____