

에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김용덕(재판장) 김신 김소영(주심) 이기택

15 2017. 3. 22. 선고 2016도16314 판결 [공공단체등위탁선거에관한법률위반]

[1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 정한 ‘선거운동’의 의미와 판단 기준

[2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제23조에서 정한 ‘당선되게 할 목적’의 의미

[3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 금전 등을 ‘제공’하는 행위와 금전 등의 제공을 ‘지시’하는 행위의 의미 및 지시를 하는 사람과 상대방 사이에 반드시 단체나 직장 등에서의 상하관계나 엄격한 지휘감독관계가 있어야 하는지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다) 제58조에서 정한 ‘선거운동’이란 위탁선거법 제3조에서 규정한 위탁선거에서의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하고(위탁선거법 제23조), 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지를 판단할 때에는 단순히 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지를 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다.

[2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 ‘위탁선거법’이라고 한다)은 공공단체 등의 선거가 깨끗하고 공정하게 이루어지도록 함으로써 공공단체 등의 건전한 발전과 민주사회 발전에 기여하려는 데 입법 목적이 있으므로, 위탁선거법 제23조에서 규정하고 있는 ‘당선되게 할 목적’은 금전·물품·향응, 그 밖의 재산상의 이익이나 공사의 직(이하 이러한 재산상의 이익과 공사의 직을 통틀어 ‘재산상 이익 등’이라고 한다)을 제공받은 당해 선거인 등의 투표행위에 직접 영향을 미치는 행위나 재산상 이익 등을 제공받은 선거인 등으로 하여금 타인의 투표의사에 영향을 미치는 행위 또는 특정 후

보자의 당락에 영향을 미치는 행위를 하게 만들 목적을 의미한다.

[3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조에서 금전 등을 '제공'하는 행위는 통상적으로 금전 등을 상대방에게 귀속시키는 것을 의미하고, 이에 비하여 금전 등의 제공을 '지시'하는 행위는 상대방에 대하여 금전 등을 제공하는 행위를 하도록 일방적으로 일러서 시키는 것으로서, 반드시 지시를 하는 사람과 상대방 사이에 단체나 직장 등에서의 상하관계나 엄격한 지휘감독관계가 있어야 하는 것은 아니다.

【참조조문】 [1] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제3조, 제23조, 제58조 / [2] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제1조, 제23조, 제58조 / [3] 공공단체등 위탁선거에 관한 법률 제58조

【참조판례】 [1] 대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812 전원합의체 판결(공2016하, 1457) / [2] 대법원 2015. 1. 29. 선고 2013도5399 판결(공2015상, 408)

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 황정근 외 2인

【원심판결】 창원지법 2016. 9. 21. 선고 2015노1064 판결

【주 문】 상고를 기각한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 가. 공공단체등 위탁선거에 관한 법률(이하 '위탁선거법'이라고 한다) 제58조는 선거운동을 목적으로, 선거인(선거인명부를 작성하기 전에는 그 선거인명부에 오를 자격이 있는 자를 포함한다)이나 그 가족 또는 선거인이나 그 가족이 설립·운영하고 있는 기관·단체·시설에 대하여 금전·물품·향응이나 그 밖의 재산상 이익이나 공사의 직을 제공하거나 그 제공의 의사를 표시하거나 그 제공을 약속한 자(제1호), 위와 같은 행위에 관하여 지시·권유·알선하거나 요구한 자(제4호) 등은 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

나. 여기서 '선거운동'이란 위탁선거법 제3조에서 규정한 위탁선거에서의 당선 또는 낙선을 위하여 필요하고도 유리한 모든 행위로서 당선 또는 낙선을 도모한다는 목적의사가 객관적으로 인정될 수 있는 능동적·계획적인 행위를 말하고(위탁선거법 제23조), 구체적으로 어떠한 행위가 선거운동에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서는 단순히 그 행위의 명목뿐만 아니라 행위의 태양, 즉 그 행위가 행하여지는 시기·장소·방법 등을 종합적으로 관찰하여 그것이 특정 후보자의 당선 또는 낙선을 도모하는 목적의지를 수반하는 행위인지 여부를 선거인의 관점에서 객관적으로 판단하여야 한다(대법원 2016. 8. 26. 선고 2015도11812

전원합의체 판결 등 참조).

또한 위탁선거법은 공공단체 등의 선거가 깨끗하고 공정하게 이루어지도록 함으로써 공공단체 등의 건전한 발전과 민주사회 발전에 기여하려는 데 입법 목적이 있으므로, 위탁선거법 제23조에서 규정하고 있는 ‘당선되게 할 목적’은 금전·물품·향응, 그 밖의 재산상의 이익이나 공사의 직(이하 이러한 재산상의 이익과 공사의 직을 통틀어 ‘재산상 이익 등’이라고 한다)을 제공받은 당해 선거인 등의 투표행위에 직접 영향을 미치는 행위나 재산상 이익 등을 제공받은 선거인 등으로 하여금 타인의 투표의사에 영향을 미치는 행위 또는 특정 후보자의 당락에 영향을 미치는 행위를 하게 만들 목적을 의미한다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2013도5399 판결 등 참조).

다. 그리고 금전 등을 ‘제공’하는 행위는 통상적으로 금전 등을 상대방에게 귀속시키는 것을 의미하고, 이에 비하여 금전 등의 제공을 ‘지시’하는 행위는 상대방에 대하여 금전 등을 제공하는 행위를 하도록 일방적으로 일러서 시키는 것으로서, 반드시 지시를 하는 사람과 그 상대방 사이에 단체나 직장 등에서의 상하관계나 엄격한 지휘감독관계가 있어야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

2. 원심이 적법하게 채택한 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가. 피고인은 2015. 3. 11. 실시 예정인 제1회 전국동시조합장 선거에서 공소의 1 축산업 협동조합(이하 ‘공소의 1 축협’이라고 한다)의 조합장 후보자로 출마한 사람으로서, 선거일을 얼마 남겨두지 않은 2015. 3. 8. 10:47경 경남 (주소 생략)에 있는 공소의 1 축협 조합원으로서 선거인인 공소의 2의 축사를 찾아가 공소의 2를 만났다.

나. 당시 피고인은 공소의 1 축협의 조합원 명부를 소지한 채 공소의 2의 축사를 방문하였고, 공소의 2에게 다른 후보자도 매수행위를 하니 자신도 방어를 하지 않을 수 없다는 취지로 말하였다. 피고인은 위 ○○리에 거주하고 있는 조합원 17명의 이름을 구체적으로 언급한 후 피고인과 친분이 있는 5명을 제외한 나머지 조합원들에게 작업을 해 달라는 취지로 말하면서 미리 준비하여 간 현금 130만 원(5만 원권 26매)을 공소의 2에게 교부하였다. 피고인은 위 130만 원의 구체적 용도에 관하여 이 사건 변경된 범죄사실 기재와 같이 “공소의 2를 포함한 조합원 12명을 지목하면서 1인당 각 10만 원씩을 전달하고, 수고비로 10만 원을 공소의 2가 가져라”라는 취지로 이야기하였다.

다. 피고인은 공소의 1 축협에서 40여 년간 근무하다 위 조합장 선거를 앞둔 2014. 12.경 경제부문 상무를 마지막으로 퇴직하였고, 이에 비하여 공소의 2는 공소의 1 축협의 비상임 이사로 선출되어 대의원으로 활동하면서 피고인과 함께 업무를 하게 되어 서로 알게 되었다. 피고인과 공소의 2는 동향이고 피고인이 공소의 2에 비하여 훨씬 나이가 많다.

3. 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인이 공소의 2에게 위와 같이 교부한 현금 130만 원 중에서 선거인인 공소의 2의 몫으로 준 10만 원뿐만 아니라 수고비조로 주었다는 10만 원의 경우에도 공소의 2가 다른 선거인들에게 돈을 전달하는 용역

의 대가로 볼 수 있는 측면이 전혀 없는 것은 아니나, 공소의 1 축협 조합장 선거와 관련하여 피고인의 당선을 도모한다는 의사로 교부한 것임을 인정하기에 충분한 사정이 있다고 보이므로 선거운동을 목적으로 선거인에게 제공한 돈으로 인정할 수 있다. 또한 피고인이 공소의 2에게 다른 조합원 11명에게 각 10만 원씩 합계 110만 원을 전달하라고 하면서 현금 110만 원을 교부한 것은 위탁선거법 제58조의 선거운동을 목적으로 금전제공을 지시한 행위에 해당한다고 할 것이다.

원심판결 이유에 의하면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 사건 변경된 공소사실이 모두 유죄로 인정된다고 판단한 것은 앞서 본 법리에 따른 것으로서 정당하다. 거기에 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나, 위탁선거법 제58조에서 규정한 선거운동의 목적, 제공, 지시에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 김재형(재판장) 박병대 박보영(주심) 권순일

16

2017. 3. 22. 선고 2016도17465 판결〔특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(증재등)·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·사기·업무상배임·무고〕

법인이 특정 사업의 명목상 주체로 특수목적법인을 설립하여 그 명의로 자금 집행 등 사업진행을 하면서도 자금의 관리·처분에 관하여는 실질적 사업주체인 법인이 의사결정권한을 행사하면서 특수목적법인 명의로 보유한 자금에 대하여 현실적 지배를 하고 있는 경우, 사업주체인 법인의 대표자 등이 특수목적법인의 보유 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하면 위탁자인 법인에 대하여 횡령죄가 성립하는지 여부(적극) / 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하여 횡령한 경우, 횡령죄의 피해자(=당해 금전을 위탁한 내국 법인) 및 그 행위가 외국에서 이루어졌더라도 우리 법원에 재판권이 있는지 여부(원칙적 적극)

【판결요지】

법인 소유의 자금에 대한 사실상 또는 법률상 지배·처분 권한을 가지고 있는 대표자 등은 법인에 대한 관계에서 자금의 보관자 지위에 있으므로, 법인이 특정 사업의

명목상의 주체로 특수목적법인을 설립하여 그 명의로 자금 집행 등 사업진행을 하면서도 자금의 관리·처분에 관하여는 실질적 사업주체인 법인이 의사결정권한을 행사하면서 특수목적법인 명의로 보유한 자금을 대하여 현실적 지배를 하고 있는 경우에는, 사업주체인 법인의 대표자 등이 특수목적법인의 보유 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하면 위탁자인 법인에 대하여 횡령죄가 성립할 수 있다.

이는 법인의 대표자 등이 외국인인 경우에도 마찬가지이므로, 내국 법인의 대표자인 외국인이 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용한 데 따른 횡령죄의 피해자는 당해 금전을 위탁한 내국 법인이다. 따라서 그 행위가 외국에서 이루어진 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대해서도 우리 형법이 적용되어(형법 제6조), 우리 법원에 재판권이 있다.

【참조조문】 형법 제6조, 제355조 제1항, 제356조

【피 고 인】 피고인 1 외 1인

【상 고 인】 피고인들 및 검사

【변 호 인】 변호사 박성철 외 3인

【원심판결】 서울고법 2016. 10. 10. 선고 2013노922, 2285, 2015노12, 2016노630 판결

【주 문】 상고를 모두 기각한다.

【이 유】 상고이유(상고이유서 제출기간이 경과한 후에 제출된 피고인 2의 변호인들의 각 상고이유보충서의 각 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 이 사건 공소사실 중 이 사건 ○○빌딩 사업 관련 프로젝트 파이낸싱(Project Financing) 대출금(이하 'PF대출금'이라고 한다)의 홍콩 법인에 대한 송금 등으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점 관련 피고인들의 상고이유에 관하여

가. 피고인 2의 상고이유에 관하여

1) 법인 소유의 자금을 대한 사실상 또는 법률상 지배·처분 권한을 가지고 있는 대표자 등은 법인에 대한 관계에서 그 자금의 보관자 지위에 있다고 할 것이므로, 법인이 특정 사업의 명목상의 주체로 특수목적법인을 설립하여 그 명의로 자금 집행 등 사업진행을 하면서도 자금의 관리·처분에 관하여는 실질적 사업주체인 법인이 의사결정권한을 행사하면서 특수목적법인 명의로 보유한 자금을 대하여 현실적 지배를 하고 있는 경우에는, 사업주체인 법인의 대표자 등이 특수목적법인의 보유 자금을 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하면 위탁자인 법인에 대하여 횡령죄가 성립할 수 있다.

이는 법인의 대표자 등이 외국인인 경우에도 마찬가지이므로, 내국 법인의 대표자인 외국인이 그 내국 법인이 외국에 설립한 특수목적법인에 위탁해 둔 자금을 정해진 목적과 용

도 외에 임의로 사용한 데 따른 횡령죄의 피해자는 당해 금전을 위탁한 내국 법인이라고 보아야 한다. 따라서 그 행위가 외국에서 이루어진 경우에도 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우가 아니라면 그 외국인에 대해서도 우리 형법이 적용되어(형법 제6조), 우리 법원에 재판권이 있다.

2) 원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고인 2는 용도나 목적이 엄격히 제한된 공소의 1 주식회사(이하 ‘공소의 1 회사’라고 한다) 소유의 PF대출금을 위탁받아 보관하는 자이고, 공소의 1 회사 명의의 국내 계좌에서 이 사건 ○○빌딩 사업을 위하여 홍콩에 설립된 특수목적법인인 공소의 2 회사[영문 명칭 1 생략]의 계좌로 PF대출금 미화 173,800,000달러가 송금된 후 다시 공소의 2 회사의 계좌에서 피고인 2가 설립한 서류상 회사인 공소의 3 회사(영문 명칭 2 생략)와 공소의 4 회사(영문 명칭 3 생략)의 각 계좌로 송금된 미화 37,808,000달러 및 미화 27,815,000달러 합계 미화 65,623,000달러(원화 623억 원 상당)에 대하여도 이를 위탁자인 공소의 1 회사를 위하여 그 용도대로 사용하여야 할 보관자의 지위에 있다고 할 것이므로, 피고인 2가 공소의 3 회사의 계좌에서 공소의 5 주식회사(이하 ‘공소의 5 회사’라고 한다)의 계좌로 미화 21,799,969달러(원화 201억 원 상당)를 임의로 송금한 행위 및 공소의 3 회사의 계좌에 남은 자금과 공소의 4 회사의 계좌에 입금된 미화 27,815,000달러 중에서 합계 미화 43,822,853.31달러(원화 403억 원 상당)를 총 12회에 걸쳐 개인적인 용도로 사용하기 위하여 임의로 인출한 행위는 피해자 공소의 1 회사에 대한 횡령행위에 해당한다고 판단하였다.

이에 대한 피고인 2의 상고이유 주장은, 공소의 1 회사는 공소의 2 회사에 173,800,000달러를 대여 또는 투자하였고 이로써 위 자금은 공소의 2 회사에 귀속되었으므로, 공소의 2 회사가 횡령의 피해자가 될 수 있는지 여부는 별론으로 하고 공소의 1 회사가 피해자가 될 수는 없으므로, 설령 그 자금을 다른 용도로 사용하였다고 하더라도 이는 공소의 1 회사에 대한 형사상 범죄를 구성한다고 볼 수 없을 뿐만 아니라 외국인의 국외범으로서 피해자가 외국법인일 뿐이므로 대한민국 법원에는 재판권이 없다고 보아야 한다는 취지이다.

3) 그러나 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

① 피고인들이 공소의 1 회사를 설립하여 이 사건 ○○빌딩 사업을 추진하면서 공소의 1 회사 명의로 주식회사 공소의 6 은행 등으로부터 3,800억 원의 PF대출을 받기로 하였고, PF대출의 지급보증인이 된 주식회사 공소의 7 은행(이하 ‘공소의 7 은행’이라고 한다), 공소의 1 회사, 그 연대보증인인 피고인들이 업무약정을 체결하였다.

② 그 업무약정에 의하면, PF대출금의 자금관리는 공소의 7 은행이 하고, 공소의 1 회사는 위 PF대출금을 이용하여 공소의 1 회사가 지분 전부를 보유하고 있는 홍콩 법인인 공소의 2 회사 명의로 중국 기업으로부터 ○○빌딩에 관한 권리를 인수하되, PF대출금이 변제될 때까지 공소의 1 회사는 공소의 7 은행의 자금집행 승인 없이는 자금을 집행할 수 없다.

③ 이 사건 ○○빌딩 사업을 위해 계획된 절차에 따라 공소외 1 회사의 계좌에서 공소외 7 은행 홍콩지점에 개설된 공소외 2 회사의 계좌로 PF대출금 미화 173,800,000달러가 송금되었고, 이때 공소외 1 회사는 공소외 2 회사에 위 돈을 대여한다는 내용의 금전소비대차계약을 체결한 해외직접투자신고서를 공소외 7 은행에 제출하였다.

④ 당시 공소외 1 회사 및 공소외 2 회사의 대표이사를 맡고 있던 피고인 2는 ○○빌딩 인수를 위하여 미지급공사비를 지급할 필요가 있다는 이유를 들어 공소외 1 회사 명의로 공소외 7 은행으로부터 자금집행 승인을 받아, 위 공소외 2 회사 계좌에서 홍콩 △△△△△△△△ 은행에 개설되어 있던 공소외 3 회사의 계좌로 미화 37,808,000달러, 공소외 4 회사의 계좌로 미화 27,815,000달러를 각 송금하였다.

⑤ 피고인 2는 공소외 3 회사의 계좌와 공소외 4 회사의 계좌에 입금된 위 자금을 이 사건 ○○빌딩 사업과는 무관하게 자신이 운영하는 국내 법인 공소외 5 회사 및 그 밖의 제3자에게 자금을 송금하거나 자신이 직접 자금을 인출하는 방법으로 개인적으로 소비하였다.

4) 위 사실관계에 의하면, 비록 PF대출금이 공소외 1 회사의 계좌에서 인출되어 홍콩의 공소외 2 회사의 계좌에 입금되었고 당시 공소외 1 회사와 공소외 2 회사 명의의 금전소비대차계약서가 작성되었다고 하더라도 송금의 원인된 법률관계의 실질이 금전소비대차나 해외투자라고 할 수는 없고, 단지 이 사건 ○○빌딩 사업 진행에 관한 전체적인 계획에 따라 위 사업의 주체인 공소외 1 회사가 홍콩에서 공소외 2 회사의 이름으로 사업을 하기 위하여 장차 지출할 PF대출금을 공소외 2 회사의 계좌에 보관시켜 둔 것에 불과하다. 그리고 그 자금의 인출·집행은 여전히 공소외 1 회사의 집행 결정과 공소외 7 은행의 승인에 의해서만 가능하였으므로, 공소외 2 회사의 계좌로 송금된 PF대출금은 공소외 2 회사가 공소외 1 회사로부터 위탁받아 보관하고 있는 것이고, 이후 공소외 7 은행의 승인을 받아 공소외 2 회사의 계좌에서 공소외 3 회사와 공소외 4 회사의 계좌로 자금을 다시 이동시킨 것도 자금의 보관 방법을 변경한 것에 지나지 않는다고 할 것이다. 따라서 공소외 1 회사의 공동대표이사인 피고인 2는 공소외 1 회사에 대한 관계에서 계속하여 위 PF대출금을 보관하는 지위에 있다고 할 것이므로, 이를 정해진 목적과 용도 외에 임의로 사용하여 횡령하였다면 공소외 1 회사가 피해자가 된다고 보아야 한다.

원심이 같은 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 피고인 2의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 횡령죄에 있어서 용도나 목적을 엄격히 특정한 자금, 그 보관자 및 피해자 등에 관한 법리나 금전소비대차계약의 효력에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5) 아울러 원심이 그 판시와 같은 이유로, 이 부분 범행은 행위지인 홍콩의 법률에 의하여 범죄를 구성하므로 중화인민공화국 국민인 피고인 2의 국외범인 이 부분 범행에 대하여는 형법 제6조 본문에 의하여 우리나라에 재판권이 있다고 판단한 것도 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나

재판권에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

6) 나아가 피고인 2는, 위 PF대출금 전부 또는 상당 부분은 이 사건 ○○빌딩 사업에 투입되었으므로 정해진 용도대로 사용되었고 그 결과 ○○빌딩에 대한 재산권증까지 발급되었으며 이에 부합하는 증인들의 진술 등이 있음에도, 원심이 피고인 2에 대하여 횡령의 고의를 인정한 판단에는 형사재판에서의 증명책임의 원칙과 증명력에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하는 등의 잘못이 있다는 취지로 주장한다.

그러나 이러한 주장은 결국 원심의 사실인정과 그 전제로 이루어지는 증거의 취사선택 및 평가를 다투는 것인데, 이는 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않는 한 사실심법원의 전권에 속한다. 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보아도 원심이 피고인 2에게 횡령의 고의가 있었음을 전제로 유죄라고 한 판단이 자유심증주의의 한계를 벗어난 것이라고 보기 어렵다. 원심판결에 횡령죄에서의 고의나 불법영득의사 등에 관한 법리오해나 필요한 심리를 다하지 아니한 그 밖의 위법이 있다고 할 사유를 발견할 수 없다.

나. 피고인 1의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 피고인 2와의 사전 공모에 따라 이 사건 PF대출금 중 120억 원을 횡령하여 수수한 것으로 인정된다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공모공동정범, 불가벌적 사후행위 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 이 사건 공소사실 중 공소외 8에 대한 56억 원의 공여 약속으로 인한 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재등)의 점 관련 피고인들의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고인 2가 2008. 3. 5. 공소외 8에게 56억 원을 공여하기로 약속할 당시 공소외 8이 공소외 7 은행 직원이라는 점을 미필적으로나마 인식하였다고 봄이 상당하고, 피고인 1이 피고인 2와 공모하여 이 부분 범행을 저지른 사실이 충분히 인정된다고 보아 피고인들에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인들의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 증재약속죄, 미필적 고의 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 이 사건 공소사실 중, (1) ㉠ 공소외 8의 입야대금 등 62억 원의 지급, ㉡ 공소외 8에게 부과된 소득세 추징금 등 1,860,101,000원의 대납으로 인한 각 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점, (2) 공소외 9에 대한 1억 원의 증재로 인한 특정경제범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(증재등)의 각 점 관련 피고인 1의 상고이유에 관하여

피고인 1은 제1심판결에 대하여 항소하였지만, 제1심이 이 부분 각 공소사실을 유죄로 인정하는 데 대해서는 항소이유로 다투는 바가 없다. 이러한 경우 이 부분 각 공소사실에 관한 원심의 판단에 사실오인 또는 법리오해가 있다는 주장은 적법한 상고이유가 될 수 없다.

그리고 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보다라도 거기에 상고이유 주장과 같은 사실오인, 법리오해의 잘못이 있다고 인정되지도 않는다.

4. 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사의 PF대출 자금에 의한 공소외 10 주식회사, 공소외 11 주식회사의 대출이자 대납으로 인한 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)의 점 관련 피고인 1의 상고이유에 관하여

원심판결 이유를 관련 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 그 판시와 같은 이유로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 판단한 것은 정당하다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 횡령죄의 구성요건에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

5. 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 11 주식회사의 자금 20억 원에 의한 공소외 12 주식회사(이하 ‘공소외 12 회사’이라고 한다)에 대한 대여로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 관련 피고인 1의 상고이유에 관하여

업무상배임죄의 실행으로 인하여 이익을 얻게 되는 수익자 또는 그와 밀접한 관련이 있는 제3자를 배임의 실행행위자와 공동정범으로 인정하기 위해서는 실행행위자의 행위가 피해자인 본인에 대한 배임행위에 해당한다는 것을 알면서도 소극적으로 그 배임행위에 편승하여 이익을 취득한 것만으로는 부족하고, 실행행위자의 배임행위를 교사하거나 또는 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담할 것을 필요로 한다(대법원 1999. 7. 23. 선고 99도1911 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 원심공동피고인 3의 배임행위의 전 과정에 관여함으로써 배임행위에 적극 가담한 것으로 인정할 수 있다고 보아 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 관련 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

6. 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 13 주식회사(이하 ‘공소외 13 회사’라고 한다)의 자금 합계 13억 5,500만 원 및 피해자 공소외 14 주식회사(이하 ‘공소외 14 회사’라고 한다)의 자금 364억 3,000만 원에 의한 공소외 12 회사에 대한 각 대여로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)의 점 관련 피고인 1의 상고이유에 관하여

배임죄에서 ‘임무에 위배하는 행위’라 함은 처리하는 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 기대하는 행위를 함으로써 본인과 사이의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 포함하며, ‘재산상의 손해를 가한 때’라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 일단 손해의 위험성을 발생시킨 이상 사후에 피해가 회복되었다 하여도 배임죄의 성립에 영향을 주

는 것은 아니다(대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 이유로, 피고인 1이 공소의 14 회사로 하여금 공소의 12 회사에 자금 320억 원을 대여하게 한 행위가 경영상 판단에 의한 것이었다고 볼 수 없고, 위 대여 행위가 공소의 7 은행 측의 요구에 의하여 공소의 12 회사의 PF대출금을 상환하기 위한 것이었다는 사정은 피고인 1의 배임의 범의를 인정함에 방해가 되지 않으며, 나머지 대여 금액 중 일부가 비교적 단기간에 변제되었다는 사정만으로 피고인 1의 행위가 배임행위에 해당하지 않는다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 피고인 1의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 배임죄에서의 고의나 불법영득의사 등에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

7. 피고인 1의 상고이유 중 양형부당 주장에 관하여

형사소송법 제383조 제4호에 의하면 양형부당을 사유로 한 상고는 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 허용된다. 피고인 1에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이 사건에서 형의 양정이 부당하다는 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

8. 검사의 피고인 1에 대한 상고이유에 관하여

가. 무죄 부분에 관하여

원심은, 공소의 13 회사와 공소의 14 회사가 시행하였던 □□동 복합물류센터 개발사업의 진행 상황, 공소의 15 주식회사(이하 ‘공소의 15 회사’라고 한다)가 공소의 13 회사, 공소의 14 회사의 지주회사로서 위 사업의 진행상황을 계속 관리·감독한 점, 피고인 1이 공소의 15 회사, 공소의 14 회사 모두를 실질적으로 운영하고 있어 공소의 14 회사에 운영이익이 발생하면 그 이익배당 여부를 자유롭게 결정할 수 있었으므로 공소의 15 회사가 공소의 14 회사의 90% 주주라는 사실 자체가 일종의 채권회수조치에 해당한다고 볼 여지가 있는 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 피해자 공소의 14 회사가 그 자금 18억 5,000만 원을 공소의 15 회사에 대여함에 있어 피고인 1에게 배임의 고의가 있었음이 합리적 의심 없이 증명되었다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 된다. 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 잘못이 없다.

나. 검사의 나머지 상고에 관하여

검사는 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분에 대하여도 상고하였으나, 상고장이나 상고이유서에 이 부분에 관한 구체적인 불복이유의 기재가 없다.

9. 검사의 피고인 2에 대한 상고이유에 관하여

가. 공소기각 부분에 관하여

형법 제6조 본문에 의하여 외국인이 대한민국 영역 외에서 대한민국 국민에 대하여 범죄를 저지른 경우 우리 형법이 적용되지만, 같은 조 단서에 의하여 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하거나 소추 또는 형의 집행을 면제할 경우에는 우리 형법을 적용하여 처벌할 수 없고, 이 경우 행위지의 법률에 의하여 범죄를 구성하는지 여부에 대해서는 엄격한 증명에 의하여 검사가 증명하여야 한다(대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도6507 판결 등 참조).

원심은, 그 판시와 같은 이유로 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 단란주점, 성접대, 골프, 체류비, 술접대, 룸싸롱, 식사, 숙박비 등 명목의 합계 13,505,000원의 향응제공으로 인한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(중재등)의 점은, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 2의 행위가 중국의 법률에 의하여도 범죄를 구성한다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로 이 부분 공소사실은 피고인 2에 대하여 재판권이 없는 경우에 해당한다는 이유로 이 부분 공소를 기각하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 된다. 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 재판권에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 무죄 부분에 관하여

원심은, 그 판시와 같은 이유로 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 업무방해 혐의 고소로 인한 무고의 점은 그 고소 내용인 ‘피고인 2가 건물에 대한 임대권한을 모두 상실하였다는 허위사실이 기재된 유인물을 발송하여 피고인 2의 임대 업무를 방해하고 있다’는 것이 터무니 없는 허위사실을 신고한 것이라거나 피고인 2가 위 사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 미필적으로라도 인식하였다고 단정할 증거가 부족하여 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 보아 직권으로 무죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 무고죄에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 검사의 나머지 상고에 관하여

검사는 원심판결 중 피고인 2에 대한 유죄 부분에 대하여도 상고하였으나, 상고장이나 상고이유서에 이 부분에 관한 구체적인 불복이유의 기재가 없다.

10. 결론

그러므로 관여 대법관의 일치된 의견으로 상고를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형

17

2017. 3. 22. 선고 2016도18031 판결〔특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)〕

항소심이 심리과정에서 심증 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 사실인정에 관한 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집을 수 있는지 여부(원칙적 소극)

【판결요지】

현행 형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 이른바 사후심적 속심의 성격을 가지므로 항소심에서 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 그러한 심급구조의 특성을 고려하여야 한다. 그러므로 항소심이 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 제1심의 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는, 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있어야 하고, 그러한 예외적 사정도 없이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다. 그것이 형사사건의 실체에 관한 유죄·무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 공판중심주의, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 실질적 직접심리주의의 정신에 부합한다.

【참조조문】 형사소송법 제275조 제1항, 제308조, 제364조

【참조판례】 대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829, 82감도612 판결(공1983, 926), 대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2461 판결(공1997상, 279)

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 변호사 이용재

【원심판결】 서울고법 2016. 10. 19. 선고 (춘천)2016노112 판결

【주 문】 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 현행 형사소송법상 항소심은 속심을 기반으로 하되 사후심적 요소도 상당 부분 들어 있는 이른바 사후심적 속심의 성격을 가지므로 항소심에서 제1심판결의 당부를 판단할 때에는 그러한 심급구조의 특성을 고려하여야 한다. 그러므로 항소심이 그 심리과정에서 심증의 형성에 영향을 미칠 만한 객관적 사유가 새로 드러난 것이 없음에도 불구하고 제1심의 판단을 재평가하여 사후심적으로 판단하여 뒤집고자 할 때에는, 제1심의 증거가치 판단이 명백히 잘못되었다거나 사실인정에 이르는 논증이 논리와 경험법칙에 어긋나는 등으로 그 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 볼 만한 합리적인 사정이 있어야 하고, 그러한 예외적 사정도 없이 제1심의 사실인정에 관한 판단을 함부로 뒤집어서는 안 된다(대법원 1983. 4. 26. 선고 82도2829, 82감도612 판결, 대법원 1996. 12. 6. 선고 96도2461 판결 등 참조). 그것이 형사사건의 실체에 관한 유죄·무죄의 심증은 법정 심리에 의하여 형성하여야 한다는 공판중심주의, 그리고 법관의 면전에서 직접 조사한 증거만을 재판의 기초로 삼는 것을 원칙으로 하는 실질적 직접심리주의의 정신에 부합한다.

2. 이 사건 공소사실 중 피해자 공소외 1에 대한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(사기)의 점의 요지는, 피고인이 피해자 운영의 공소외 2 주식회사(이하 ‘공소외 2 회사’라고 한다) 소유의 ○○○○ 건물을 이용하여 자신의 사업을 진행하기로 마음먹고 2012. 8. 22.경 피해자에게 ‘○○○○ 건물을 주면 이를 처분하여 2012. 12. 31.경까지 공소외 2 회사의 가수금 합계 3,101,939,295원을 공소외 3 주식회사(이하 ‘공소외 3 회사’라고 한다), 공소외 4 및 피해자에게 지급하고, 공소외 3 회사의 공사미수금 385,000,000원을 지급하며(이하 위 가수금과 공사미수금을 합한 3,486,939,295원을 ‘약정금’이라고 한다), 주식회사 공소외 5 은행(이하 ‘공소외 5 은행’이라고 한다)의 장기차입금 1,057,000,000원을 피고인 명의로 전환하겠다. ○○○○ 건물이 공소외 2 회사 소유로 등기되어 있으니 처분을 위해 공소외 2 회사 주식을 1,000만 원에 전부 매수하겠다’고 피해자를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 공소외 2 회사 주식 10,000주를 1,000만 원에 모두 인계받음으로써 공소외 2 회사 소유의 3,486,939,295원 상당의 ○○○○ 건물을 교부받아 편취하였다는 것이다.

이에 대하여 제1심은, 피고인과 피해자 등 사이의 2012. 8. 22.자 주식인수계약(이하 ‘이 사건 계약’이라고 한다)의 내용 및 피해자의 진술, 공소외 4의 제1심 법정에서의 진술 등을 토대로, ① 피고인이 피해자 등에 대한 위 약정금 지급의무를 이행하지 않은 상태에서 피해자 등에게 사전이나 사후에 아무런 연락도 없이 ○○○○ 건물을 제3자에게 처분하고, 취득한 매매대금 약 40억 원 중 위 건물을 담보로 한 대출원리금 채무 등을 제외하고도 20억 원 이상을 개인적인 목적으로 사용한 점, ② 피해자가 피고인에게 약정금 지급이 어려우면 위 건물을 돌려달라고 하였음에도 그 처분권을 계속 유지하다가 위와 같이 건물을 처분한 점, ③ 위 건물을 직접 제3자에게 처분하든, 현물출자하든 굳이 피고인이 위 건물의 처분권을 가지고 있을 필요가 없음에도 위와 같이 공소외 2 회사 주식을 인수함으로써 위 건물의 처분권을 확보해 둔 것을 보면 위 건물의 처분권을 피해자로부터 넘겨받아 그 처분

대가를 임의로 사용하고자 하는 의도를 처음부터 가지고 있었던 것으로 보이는 점, ④ 피고인이 피해자에게 위 건물을 현물출자하여 현금화하는 방법에 관하여 설명한 것은 2012. 8. 22. 당시가 아니라 2013년 초경으로 보이는 점, ⑤ 피고인이 피해자에게 자신이 가지고 있는 부동산 분양권을 통하여 위 건물을 처분해 주겠다고 한 점 등 그 판시와 같은 사정을 인정할 다음, 위와 같은 사정 등을 종합하면 피고인에게 위 건물을 편취할 고의가 있었음이 넉넉히 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

반면 원심은 그 판시와 같은 사실을 인정할 다음, 피해자는 피고인의 개인적인 변제능력 내지 변제자력보다는 ○○○○ 건물을 처분하기로 하는 사업의 성공가능성을 믿고 그 건물을 넘긴 것으로 보이는데, 피고인이 그의 변제능력이나 자력에 관하여 피해자를 기망한 바 없음에도 피해자 스스로 피고인의 경제적 능력 및 위 건물의 처분가능성을 높게 평가하고 피고인의 부친과의 개인적인 친분관계를 신뢰하여 이 사건 계약을 체결한 것으로 볼 여지가 많고, 나아가 피고인은 실제로 ○○○○ 건물을 공소의 6 주식회사(이하 ‘공소의 6 회사’라고 한다)에 현물출자하려고 하는 등 위 건물을 처분하기 위한 사업을 진정성 있게 추진하다가 외부적·사후적인 사정으로 사업을 중도 포기한 것으로 보일 뿐이라고 판단하였다. 거기에다 증거에 의하여 인정되는 피고인과 피해자 사이의 관계, 주식 인수의 구체적 경위 및 진행 경과 등의 사정을 모아보면, 피고인이 사업의 진정성이나 전망에 관하여 피해자를 기망하였다거나 피해자가 그에 관한 착오로 말미암아 주식을 양도한 것이라는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 볼 수 없다고 하여 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

3. 이와 같이 원심이 제1심의 판단을 뒤집은 것이 앞에서 본 법리 및 논리와 경험법칙에 합치하는지를 본다.

가. 원심판결 이유와 기록에 의하면 다음 사실을 알 수 있다.

1) 피해자는 2011년경 부동산 경기 악화로 ○○○○ 건물의 분양이 여의치 않아 투자금 회수에 어려움을 겪던 중 고향친구의 아들인 피고인을 알게 되어 피고인으로부터 수차 투자를 권유받았으나 이를 거절하다가, 피고인이 공소의 2 회사 소유의 ○○○○ 건물을 비싸게 팔아 주겠다고 하자 그에 응하여 그 건물을 매도하기 위한 방편으로 아래와 같은 계약을 체결하였다.

2) 즉, 피고인은 2012. 8. 22. 공소의 2 회사의 주주로 되어 있던 피해자 및 공소의 7, 공소의 4와 사이에, 그 보유 주식 전부(10,000주)를 1,000만 원에 피고인이 인수하되, 2012. 12. 31.까지 공소의 2 회사의 가수금 합계 3,101,939,295원을 공소의 3 회사, 공소의 4 및 피해자에게 지급하고, 공소의 3 회사의 공사미수금 385,000,000원을 지급하며, 공소의 5 은행의 장기차입금 1,057,000,000원을 피고인 명의로 전환하고, 임차인들과의 계약을 양수하여 2012. 7. 31. 현재의 임대보증금 170,000,000원을 부담하기로 하는 내용의 이 사건 계약을 체결하였다. 그리고 이 사건 계약의 계약서는 피고인 측에서 초안을 작성한 것인데, 제3조(1)항에서는 ‘주식인수의 효력이 발생한 경우 각 당사자는 본 계약을 해제할 수 없다’고 하

여, 일단 피고인이 공소의 2 회사의 주식을 인수하면 그와 대가관계에 있는 약정금 지급의무를 이행하지 않더라도 그 채무불이행을 이유로 해제권을 행사할 수 없도록 하고 있다.

3) 위와 같이 피해자가 공소의 2 회사의 주식을 이전하는 방법으로 ○○○○ 건물의 처분권을 피고인에게 넘겨준 경위와 동기에 관하여, 피해자는 고향친구의 아들인 피고인이 건물을 비싸게 팔아 준다고 하고 재력도 든든할 뿐 아니라 피고인이 운영하는 회사에 부동산 분양팀이 있다고 하여 그 말을 믿고 말긴 것이라는 취지로 진술하였고, 제1심이 조사한 증인 공소의 4의 증언도 이에 부합한다. 반면 피고인은 수사기관에서부터 원심에 이르기까지, 피해자에게 ○○○○ 건물을 처분하여 주겠다고 한 적은 없고 이 사건 계약 체결 당시부터 ○○○○ 건물을 투자 개념으로 넘겨받아 공소의 6 회사를 인수하는 데 현물출자하려고 하였다고 진술하였다. 그러나 제1심 증인 공소의 8은 2012년 봄경 피고인과 공소의 6 회사를 인수하는 업무를 시작하였지만 인수과정에서 문제가 생겨 그해에 인수가 마무리되지 못하였다고 진술하였다.

4) 피고인은 위와 같이 인수한 ○○○○ 건물(101~107호, 201호, 202호의 총 9개 호실)을 처분하지 못한 채 이 사건 계약에서 정한 2012. 12. 31.까지 약정금을 피해자 등에게 지급하지 못하였을 뿐만 아니라 연장된 지급기일인 2014. 6. 30.까지도 그 지급의무를 이행하지 못하였다.

5) 오히려 피고인은 2012. 12. 3. 공소의 5 은행의 ○○○○ 건물에 관한 근저당권채무를 주식회사 공소의 9 저축은행의 근저당권채무로 대환하면서 3~4억 원을 추가로 대출받고, 2013. 5. 22. 공소의 10에게 2억 원을 차용하면서 위 건물(202호 제외)에 관하여 채권최고액 3억 원의 근저당권을 설정하였을 뿐만 아니라 2014. 6. 12. 함께 사업을 하던 공소의 11의 세금채납 문제 해결에 도움을 주기 위하여 위 건물(202호 제외)을 담보로 제공하여 채무자 공소의 11, 근저당권자 서울특별시, 채권최고액 337,653,350원으로 된 근저당권을 설정하기도 하였다.

6) 그러던 중 피고인은 피해자 등과 아무런 상의도 없이 2014년 10~12월경 기획부동산을 통하여 ○○○○ 건물을 7명에게 매도하였는데, 총 9개 호실 중 부동산등기부상 거래가액이 확인되는 101~104호(전유부분 면적 101~103호 각 39㎡, 104호 59.29㎡)와 107호(전유부분 면적 31.81㎡)의 5개 호실의 거래가액만도 2,206,450,000원에 이른다. 그중 101호의 거래가액은 414,000,000원인데, 이를 매수한 공소의 12는 101호를 그 소유의 약 2억 원 상당의 땅과 △△은행 융자금 2억 원을 합쳐 매입하였고, 그 외 잔금 형식으로 피고인의 요청에 따라 공소의 13에게 1,980만 원, 주식회사 공소의 9 저축은행에 1,600만 원, 공소의 14 법무법인에 200만 원을 송금하였다고 하여 위 거래가액과 큰 차이가 없다. 한편 거래가액이 확인되지 않는 각 호실의 전유부분 면적은 105호가 29.88㎡, 106호가 32㎡, 201호가 326.9㎡, 202호가 11.31㎡로 그 합계 면적(400.09㎡)은 거래가액이 확인되는 위 5개 호실의 합계 면적(208.1㎡)보다 많다.

7) 피고인은 위와 같이 ○○○○ 건물을 매도하고도 그 경위를 묻는 피해자에게 가격을

올리기 위해 명의만 넘겨 놓은 것이라고 변명하고, 피해자 등에 대해서는 약정금을 한 푼도 지급하지 않았다.

나. 위와 같이 피고인은 이 사건 계약에 의하여 피해자 등으로부터 공소의 2 회사 주식 전부를 인수하는 방법으로 ○○○○ 건물의 처분권을 넘겨받아 이를 담보로 제공하고 대출을 받는 등 마음대로 이용하다가 결국 제3자에게 매도하여 40억 원 가량의 매매대금을 수령하였음에도 피해자 등에 대한 약정금은 전혀 지급하지 않았다. 그럼에도 불구하고 원심은 피고인이 이 사건 계약 당시 편취의 범의가 있었다거나 피해자에 대하여 기망행위를 하였다고 인정하기 어렵다고 판단하였다. 앞에서 본 사실관계 등에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 여러 사정에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 그대로 수긍하기 어렵다.

1) 피고인은 이 사건 계약 당시 피해자에게 ○○○○ 건물을 공소의 6 회사에 현물출자하여 현금화하는 방법에 관하여 설명하였다고 하지만, 원심판결 이유에 의하더라도 피고인이 피해자에게 공소의 6 회사 유상증자 때 ○○○○ 건물을 현물출자하여 현금화하는 방법에 관하여 설명한 것은 이 사건 계약 체결 당시가 아니라 2013년 초경이라는 것이다. 또한 설명 그런 설명을 하였다고 하더라도 당시 공소의 6 회사 인수 업무의 진행상황이 순조롭지 못하였던 점 등으로 볼 때 ○○○○ 건물의 현물출자가 성사될지 여부는 상당히 불투명하였던 것으로 보인다.

게다가 피고인은 ○○○○ 건물을 현물출자하려고 하였다고 하면서도 ○○○○ 건물에 근저당권을 설정하고 자금을 대출받는 등 모순된 행태를 보였고, 이는 ○○○○ 건물을 처분하는 데에도 장애가 될 뿐인데 기록상 왜 그렇게 했는지에 대한 합당한 이유를 찾아볼 수 없다.

또한 피고인의 주장대로 ○○○○ 건물을 현물출자하려면 위와 같이 설정된 근저당권을 모두 말소하여야 하고, 궁극에는 현물출자의 대가로 인수한 공소의 6 회사의 주식을 환가하는 등의 절차를 거쳐야 할 것인데, 그러한 우회적인 경로를 거치는 것이 건물을 곧바로 매도하여 처분하는 것에 비해 피해자 등에 대한 약정금 지급의무의 이행가능성을 높인다고 볼 사정도 없다.

이와 같은 전후 사정으로 보면, 피고인은 이 사건 계약 체결 전부터 공소의 15 회사의 대표이사인 공소의 8과 함께 공소의 6 회사의 인수업무를 추진하고 있었고 피해자로부터 넘겨받은 ○○○○ 건물을 공소의 6 회사에 현물출자할 의도를 가지고 있으면서도 피해자에게 여러 차례 투자권유를 하였다가 거절당하자, 자신이 운영하는 회사에 부동산 분양팀이 있다고 하면서 그 건물을 비싸게 팔아 주겠다고 거짓말을 하여 이 사건 계약을 체결하기에 이른 것으로 보인다. 또한 피고인은 이 사건 계약 체결 전부터 공소의 6 회사의 인수를 추진하면서 ○○○○ 건물을 공소의 6 회사에 현물출자하려고 하였을 뿐, 피해자 등에 게 약속한 대로 건물을 처분하기 위한 어떤 시도도 한 흔적을 찾아볼 수 없다. 그리고 위 현물출자가 무산된 상황에서 피해자가 여러 차례 건물을 되돌려달라고 하였음에도 피해자와 아무런 상의도 없이 이를 임의로 처분하고, 처분 이후에도 건물 가격을 올리기 위해서

한 것이라고 거짓 변명을 하면서, 처분대금을 정산·지급하는 등의 조치는 전혀 취하지 않았다.

이와 같은 여러 가지 사정을 앞에서 본 이 사건 계약의 체결 경위 및 계약 내용 등에 보태어 보면, 피고인은 이 사건 계약상 약정금 지급의무를 이행하지 못할 수도 있다는 사실을 인식한 상태에서 ○○○○ 건물을 곧바로 처분할 의사나 능력이 없이 어떻게든 위 건물을 자신의 사업에 활용하려는 의도로 이 사건 계약을 체결하였다고 볼 여지가 상당하다. 제1심이 피고인에게 편취의 범의가 있었다고 인정한 것도 그러한 여러 사정을 고려하여 판단한 것으로 보이고, 그와 같은 증거판단과 범의를 인정하는 데 이른 논증이 논리와 경험 법칙에 어긋난다고는 보이지 않는다.

2) 한편 기록에 의하면 원심은, ○○○○ 건물을 매도한 기획부동산 측과 피고인의 변호인이 ○○○○ 건물의 매도대금에 관하여 통화한 내용을 녹음한 녹취록(증 제10호)만 추가로 증거조사를 하였을 뿐 제1심의 증거조사 결과에 영향을 미칠 만한 새로운 증거조사나 심리를 한 바 없다.

그런데도 원심은, 그 판시와 같은 점들을 논거로 하여 피고인이 피해자를 기망하였다는 점에 대한 증명이 부족하다고 보아 제1심의 증거판단 및 사실인정을 뒤집었다. 그러나 앞에서 본 사실관계와 전후 사정으로 보면, 피해자는 피고인이 ○○○○ 건물을 비싸게 팔아 주겠다고 하여 위 건물을 넘겨준 것일 뿐 피고인이 추진하던 공소의 6 회사 인수 사업을 신뢰하여 그 건물을 넘긴 것은 아니라고 보이므로, 피고인이 그 사업을 진정성 있게 추진하였다는 사정은 피고인의 편취 범의 내지 기망행위 등을 판단하는 데 주된 근거가 될 수 없을 뿐 아니라, 위에서 본 바와 같이 그 사업의 성공가능성도 신뢰할 만한 정도에 이르렀다고 보이지 않는다. 또한 원심이 따로 주목하지 않았거나 제1심과 달리 평가한 이 사건 계약의 체결 경위 등에 관한 사정은, 피고인이 자백하지 않는 이 사건에서 그 편취 범의를 가늠해 볼 수 있는 주요한 정황적 요소라고 할 수 있다.

나아가 원심은 피고인이 피해자를 기망한 바 없음에도 피해자 스스로 착오에 빠진 것처럼 사실관계를 추론하고 있으나, 이 사건 계약 체결 당시의 피고인의 의사, 즉 피고인이 이 사건 계약을 체결한 동기 내지 목적이 무엇이었는지에 대한 구체적인 논증 없이 피해자의 증언에도 일부 배치되는 피해자 측의 사정만을 내세워 위와 같은 판단에 이른 것은 그 논리적 선후가 맞지 않음은 물론 사기죄에서 기망행위 및 편취 범의를 판단하는 방법을 그르친 것이다.

3) 결국 원심이 무죄의 이유로 들고 있는 판단 근거와 논증 구조는 논리와 경험의 법칙에 합치한다고 보기 어려울 뿐 아니라 공판중심주의와 실질적 직접심리주의를 토대로 한 형사소송법의 기본 원리와 항소심의 심급구조로 본 판단 재량의 한계를 벗어난 것이다. 원심판결에는 자유심증주의의 한계를 벗어나 사기죄에서 편취의 범의 등에 관하여 잘못 판단하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

4. 이에 관여 대법관의 일치된 의견으로 원심판결 중 무죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

대법관 권순일(재판장) 박병대(주심) 박보영 김재형

18 2017. 3. 22. 선고 2016도21536 판결 [특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)·뇌물수수·정치자금법위반·범죄수익은닉의 규제및처벌등에 관한 법률위반·뇌물공여·증거위조교사·특정범죄가중처벌등에 관한 법률위반(뇌물)방조·변호사법위반·제3자뇌물취득·조세범처벌법위반]

[1] 정치자금의 명목으로 정치자금법에 정한 절차에 따라 주고받은 금품이라도 뇌물성이 인정되는 경우 및 이때 금품 제공의 뇌물성을 판단할 때 고려할 사항

[2] 공무원이 뇌물을 받는 데에 지출한 필요 경비 또는 뇌물을 받는 주체가 아닌 자가 수고비로 받은 부분이나 뇌물을 받기 위하여 형식적으로 체결된 용역계약에 따른 비용으로 사용된 부분이 뇌물의 가액과 추정액에서 공제할 항목에 해당하는지 여부(소극) / 피고인이 영득의 의사로 뇌물을 받은 것인지 판단하는 기준

[3] 변호사법 제111조에서 규정하는 ‘공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받는다’의 의미 / 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 금품과 이와 무관한 행위에 대한 대가로서의 금품이 액수가 구분되지 않은 채 불가분적으로 결합되어 수수된 경우, 그 전부가 청탁 명목의 금품인지 여부(적극) / 금품의 수수가 여러 차례에 걸쳐 이루어졌고 각각의 행위별로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 대가성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우, 청탁 명목과 관련성이 있는지 판단하는 방법

【판결요지】

[1] 정치자금의 기부행위는 정치활동에 대한 재정적 지원행위이고, 뇌물은 공무원의 직무행위에 대한 위법한 대가로서, 양자는 별개의 개념이다. 정치자금의 명목으로 금품을 주고받았고 정치자금법에 정한 절차를 밟았다고 할지라도, 정치인의 정치활동 전반에 대한 지원의 성격을 갖는 것이 아니라 공무원인 정치인의 특정한 구체적 직무행위와 관련하여 금품 제공자에게 유리한 행위를 기대하거나 또는 그에 대한 사례로서 금품을 제공함으로써 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가진다면 뇌물성이 인정된다. 이때 금품 제공의 뇌물성을 판단할 때 상대방의 지위와 직무권한, 금품 제공자와 상대방의 종래 교제상황, 금품 제공자가 평소 기부를 하였는지와

기부의 시기·상대방·금액·빈도, 제공한 금품의 액수, 금품 제공의 동기와 경위 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

[2] 공무원이 뇌물을 받는 데에 필요한 경비를 지출한 경우 그 경비는 뇌물수수의 부수적 비용에 불과하여 뇌물의 가액과 추정액에서 공제할 항목에 해당하지 않는다. 뇌물을 받는 주체가 아닌 자가 수고비로 받은 부분이나 뇌물을 받기 위하여 형식적으로 체결된 용역계약에 따른 비용으로 사용된 부분은 뇌물수수의 부수적 비용에 지나지 않는다. 뇌물을 받는다는 것은 영득의 의사로 금품을 받는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 받았다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나 또는 증뢰자가 일방적으로 뇌물을 두고 가므로 나중에 기회를 보아 반환할 의사로 어쩔 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 받았다고 할 수 없다. 그러나 피고인이 먼저 뇌물을 요구하여 증뢰자로부터 돈을 받았다면 피고인에게는 받은 돈 전부에 대한 영득의 의사가 인정된다.

[3] 변호사법 제111조에서 규정하고 있는 ‘공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받는다’고 함은 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 공무원과 의뢰인 사이를 중개한다는 명목으로 금품을 받는 경우를 말한다. 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목이라는 성격과 단순히 공무원이 취급하는 사건 또는 사무와 관련하여 노무나 편의를 제공한 대가라는 성격이 불가분적으로 결합되어 금품을 받은 경우에 그 전부가 불가분적으로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목으로 금품을 받았다고 보아야 한다. 이는 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 금품과 이와 무관한 행위에 대한 대가로서의 금품이 액수가 구분되지 않은 채 불가분적으로 결합되어 수수된 경우에도 마찬가지이다.

다만 금품의 수수가 여러 차례에 걸쳐 이루어졌고 각각의 행위별로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 대가성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우에는 그 행위마다 청탁 명목과 관련성이 있는지를 가릴 필요가 있을 뿐이다.

【참조조문】 [1] 형법 제129조, 정치자금법 제45조 제1항 / [2] 형법 제129조, 제134조 / [3] 변호사법 제111조, 제116조

【참조판례】 [1] 대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결(공2008하, 1000) / [2] 대법원 1999. 10. 8. 선고 99도1638 판결(공1999하, 2366), 대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9182 판결(공2007상, 640), 대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도9585 판결(공2012상, 92) / [3] 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도514 판결, 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도7771 판결, 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011도12642 판결

【피 고 인】 피고인 1 외 2인

【상 고 인】 피고인들 및 검사(피고인 2에 대하여)

【변 호 인】 변호사 김경환 외 2인

【원심판결】 대구고법 2016. 12. 8. 선고 2016노347 판결

【주 문】 상고를 모두 기각한다.

【이 유】 상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 관한 판단

가. 정치자금의 기부행위는 정치활동에 대한 재정적 지원행위이고 뇌물은 공무원의 직무행위에 대한 위법한 대가로서 양자는 별개의 개념이다. 정치자금의 명목으로 금품을 주고 받았고 정치자금법에 정한 절차를 밟았다고 할지라도, 정치인의 정치활동 전반에 대한 지원의 성격을 갖는 것이 아니라 공무원인 정치인의 특정한 구체적 직무행위와 관련하여 금품 제공자에게 유리한 행위를 기대하거나 또는 그에 대한 사례로서 금품을 제공함으로써 정치인인 공무원의 직무행위에 대한 대가로서의 실체를 가진다면 뇌물성이 인정된다. 이때 금품 제공의 뇌물성을 판단할 때 상대방의 지위와 직무권한, 금품 제공자와 상대방의 종래 교제상황, 금품 제공자가 평소 기부를 하였는지 여부와 기부의 시기·상대방·금액·빈도, 제공한 금품의 액수, 금품 제공의 동기과 경위 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2008. 6. 12. 선고 2006도8568 판결 등 참조).

원심은 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 공소외 1 주식회사 관련 뇌물수수 부분과 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물) 부분을 유죄로 판단하였다. 위 피고인이 제1심 공동피고인 3과 피고인 2로부터 받은 돈은 국회의원의 직무와 관련하여 받은 뇌물의 성격을 가지고 있다는 것이다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 뇌물수수죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

나. 공무원이 뇌물을 받는 데에 필요한 경비를 지출한 경우 그 경비는 뇌물수수의 부수적 비용에 불과하여 뇌물의 가액과 추정액에서 공제할 항목에 해당하지 않는다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99도1638 판결 참조). 뇌물을 받는 주체가 아닌 자가 수고비로 받은 부분이나 뇌물을 받기 위하여 형식적으로 체결된 용역계약에 따른 비용으로 사용된 부분은 뇌물수수의 부수적 비용에 지나지 않는다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2011도9585 판결 참조). 뇌물을 받는다는 것은 영득의 의사로 금품을 받는 것을 말하므로, 뇌물인지 모르고 받았다가 뇌물임을 알고 즉시 반환하거나 또는 증뢰자가 일방적으로 뇌물을 두고 가므로 나중에

기회를 보아 반환할 의사로 어쩔 수 없이 일시 보관하다가 반환하는 등 영득의 의사가 없었다고 인정되는 경우라면 뇌물을 받았다고 할 수 없다. 그러나 피고인이 먼저 뇌물을 요구하여 증뢰자로부터 돈을 받았다면 피고인에게 받은 돈 전부에 대한 영득의 의사가 인정된다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2006도9182 판결 참조).

원심은 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(뇌물) 부분에 관하여 다음과 같은 이유로 위 피고인이 받은 7,000만 원 전액에 대한 뇌물 수수가 성립한다고 판단하였다. (1) 피고인 1은 2014. 8.경 피고인 2를 통해 제1심 공동피고인 3에게 후원금을 요청하였다. (2) 제1심 공동피고인 3은 2014. 10. 17. 가장 용역계약의 상대방인 공소의 2 주식회사에 7,700만 원(부가가치세 700만 원 포함)을 송금하고 이를 피고인 3, 피고인 2에게 알려주었으며, 같은 날 피고인 3은 피고인 1에게 7,000만 원이 송금된 사실을 보고하였다. (3) 피고인 1은 피고인 3에게 ‘수수료와 비용을 제외하고 현금으로 전달하라’고 지시하였고, 피고인 1이 그중 합계 5,500만 원을 현금으로 전달받았다. (4) 위 7,000만 원 중 1,500만 원이 실제로 피고인 1에게 전달되지 않았다고 하더라도 그중 1,000만 원은 공소의 2 주식회사에 제공된 비용이고, 나머지 500만 원은 현금화하는 과정에서 지출한 비용으로서 뇌물을 전달받기 위해 지출한 경비에 지나지 않아 뇌물의 가액에서 공제할 수 있는 것은 아니다.

원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 정당하다. 원심의 판단에는 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 뇌물수수죄의 뇌물액수의 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 관한 판단

변호사법 제111조에서 규정하고 있는 ‘공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁 또는 알선을 한다는 명목으로 금품·향응, 그 밖의 이익을 받는다’고 함은 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 공무원과 의뢰인 사이를 중개한다는 명목으로 금품을 받는 경우를 말한다. 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목이라는 성격과 단순히 공무원이 취급하는 사건 또는 사무와 관련하여 노무나 편의를 제공한 대가라는 성격이 불가분적으로 결합되어 금품을 받은 경우에 그 전부가 불가분적으로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관하여 청탁한다는 명목으로 금품을 받았다고 보아야 한다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2005도514 판결, 대법원 2005. 12. 22. 선고 2005도7771 판결 등 참조). 이는 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 금품과 이와 무관한 행위에 대한 대가로서의 금품이 액수가 구분되지 않은 채 불가분적으로 결합되어 수수된 경우에도 마찬가지이다.

다만 그 금품의 수수가 여러 차례에 걸쳐 이루어졌고 각각의 행위별로 공무원이 취급하는 사건 또는 사무에 관한 청탁 명목의 대가성 유무를 달리 볼 여지가 있는 경우에는 그 행위마다 청탁 명목과 관련성이 있는지 여부를 가릴 필요가 있을 뿐이다(대법원 2012. 1.

12. 선고 2011도12642 판결은 뇌물죄에 관하여 이와 같은 취지로 판단하였는데, 이는 변호사범위반죄에서도 마찬가지이다).

원심은, 피고인 2가 공소의 1 주식회사로부터 공무원이 취급하는 사무에 관하여 청탁한다는 명목의 금품과 공소의 3 주식회사와의 M&A 관련 용역대금 명목의 대가로 그 액수를 따로 구분하지 않고 5회에 걸쳐 합계 96,700,020원을 받은 사실을 인정하고, 피고인 2가 받은 자금이 위와 같은 두 가지 성격이 불가분적으로 결합되어 있어 지급받은 금액 전체에 관하여 변호사범위반죄가 성립한다고 판단하여 위 금액 전부에 대해 추징을 명하였다.

앞에서 본 법리와 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 받은 자금에 관해 그 행위별로 공무원이 취급하는 사무에 관한 청탁 명목의 대가성 유무를 달리 볼 수 있다거나 청탁 명목의 대가와 공소의 3 주식회사와의 M&A 관련 용역의 대가를 구분할 수 있다고 보기 어렵다. 따라서 피고인 2가 공소의 1 주식회사로부터 받은 금액 전체에 관해 변호사범위반죄가 성립한다고 보아 위 금액의 추징을 명한 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 피고인 3의 상고이유에 관한 판단

원심판결 이유를 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 3에 대한 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단한 것은 정당하다. 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 뇌물수수죄의 고의와 방조범의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다. 그리고 피고인 3에게 벌금형을 병과한 제1심을 유지한 원심에 상고이유 주장과 같이 인간의 존엄과 가치, 행복추구권, 평등권, 신체의 자유를 침해하거나 이중처벌금지의 원칙과 책임주의 원칙을 위반한 잘못이 없다.

4. 검사의 상고이유에 관한 판단

형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 증명책임은 검사에게 있다. 유죄로 인정하려면 법관이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라고 확신할 수 있는 증명력을 가진 증거가 있어야 한다. 따라서 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다고 하더라도 피고인의 이익으로 무죄라고 판단할 수밖에 없다(대법원 2006. 2. 24. 선고 2005도4737 판결 등 참조).

원심은 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 2013. 12.경 상품권 100만 원의 제3자뇌물 취득 부분에 대해 범죄의 증거가 없다고 보아 유죄로 판단한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다. 원심판결 이유를 앞에서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단은 정당하고, 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 관련 법리를 오해한 잘못이 없다.

5. 결론

피고인들과 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)

19 2017. 3. 30. 선고 2014도6910 판결 [자본시장과금융투자업에 관한 법률위반]

투자자문업자 등이, 추천하는 증권을 자신이 선행매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 그 증권의 매수를 추천하는 행위가 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호에서 말하는 ‘부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위’ 및 같은 조 제2항에서 정한 ‘위계의 사용’에 해당하는지 여부(적극)

【판결요지】

투자자문업자, 증권분석가, 언론매체 종사자, 투자 관련 웹사이트 운영자 등(이하 ‘투자자문업자 등’이라고 한다)이 특정 증권을 장기투자로 추천하기 직전에 자신의 계산으로 그 증권을 매수한 다음, 추천 후 그 증권의 시장가격이 상승할 때에 즉시 차익을 남기고 매도하는 이른바 스캘핑(scalping) 행위를 하는 경우, 그 행위가 명백하게 거짓인 정보를 시장에 흘리는 방법으로 특정 증권을 추천하는 것이라면 이는 정상적인 자본의 흐름을 왜곡시켜 자본시장의 공정성과 효율성을 해침은 물론이다. 또한 그 증권 자체에 관한 정보는 거짓이 아니어서 자본의 흐름을 왜곡시키는 것은 아니라도, 이러한 스캘핑 행위가 용인되면 자본시장에서의 공정한 경쟁에 대한 시장참여자들의 신뢰가 훼손되고 시장 내의 각종 투자 관련 조인행위가 평가절하됨으로써, 양질의 정보를 생산하고 소비하려는 유인이 감소하여 자본시장에서의 자원배분의 효율성을 해치고 투자자들이 자본시장으로부터 이탈하는 결과를 가져올 수 있다.

또한 특정 증권을 추천하기 직전에 그 증권을 매수한 투자자문업자 등은 장기적 가격상승의 잠재력이 아니라 추천으로 예상되는 투자자들의 행동에 따른 단기적 가격상승 가능성 때문에 의식적으로 또는 무의식적으로 그 증권을 추천할 유인이 생길 수 있고, 추천내용의 객관성에 영향을 미칠 수 있는 추천의 동기는 추천에 따라 투자 판단을 하려는 합리적인 투자자가 중요하게 고려할 상당한 개연성이 있는 사항에 해당하므로, 특정 증권을 추천하기 전에 자신의 계산으로 그 증권을 매수한 투자자문업자 등이 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 공시하지 않고 추천하면 상대방에게 개인적인 이해관계 없이 객관적인 동기에서 그 증권을 추천한다는 오해를 초래할 수 있다.

위와 같은 제반 사정을 고려하면, 투자자문업자 등이 추천하는 증권을 자신이 선행

매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 그 증권의 매수를 추천하는 행위는 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호에서 말하는 ‘부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위’에 해당하는 한편, 투자자들의 오해를 초래하지 않기 위하여 필요한 중요사항인 개인적인 이해관계의 표시를 누락함으로써 투자자들에게 객관적인 동기에서 그 증권을 추천한다는 인상을 주어 거래를 유인하려는 행위로서 같은 법 제178조 제2항에서 정한 ‘위계의 사용’에도 해당한다.

【참조조문】 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항, 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것) 제443조 제1항 제8호, 제9호

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인

【변 호 인】 변호사 황현대 외 1인

【원심판결】 서울중앙지법 2014. 5. 23. 선고 2014노81 판결

【주 문】 상고를 기각한다.

【이 유】 상고이유를 판단한다.

1. 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제178조 제1항 제1호, 제2항에 관한 법리오해 등의 점에 대하여

가. 1) 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라고 한다) 제178조 제1항 제1호는 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래와 관련하여 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교를 사용하는 행위’를 금지하고 있다. 여기서 ‘부정한 수단, 계획 또는 기교’란 사회통념상 부정하다고 인정되는 일체의 수단, 계획 또는 기교를 말한다. 나아가 어떠한 행위를 부정하다고 할지는 그 행위가 법령 등에서 금지된 것인지, 다른 투자자들로 하여금 잘못된 판단을 하게 함으로써 공정한 경쟁을 해치고 선의의 투자자에게 손해를 전가하여 자본시장의 공정성, 신뢰성 및 효율성을 해칠 위험이 있는지를 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2014. 1. 16. 선고 2013도9933 판결 등 참조).

한편 자본시장법 제178조 제2항은 금융투자상품의 매매, 그 밖의 거래를 할 목적이거나 시세의 변동을 도모할 목적으로 ‘풍문의 유포, 위계의 사용, 폭행 또는 협박’을 하는 것을 금지하고 있다. 여기서 ‘위계’란 거래 상대방이나 불특정 투자자를 기망하여 일정한 행위를 하도록 유인할 목적의 수단, 계획, 기교 등을 말하고, ‘기망’이란 객관적 사실과 다른 내용의 허위사실을 내세우는 등의 방법으로 타인을 속이는 것을 의미한다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도8109 판결 등 참조).

2) 투자자문업자, 증권분석가, 언론매체 종사자, 투자 관련 웹사이트 운영자 등(이하 '투자자문업자 등'이라고 한다)이 특정 증권을 장기투자로 추천하기 직전에 자신의 계산으로 그 증권을 매수한 다음, 추천 후 그 증권의 시장가격이 상승할 때에 즉시 차익을 남기고 매도하는 이른바 스캘핑(scalping) 행위를 하는 경우, 그 행위가 명백하게 거짓인 정보를 시장에 흘리는 방법으로 그 특정 증권을 추천하는 것이라면 이는 정상적인 자본의 흐름을 왜곡시켜 자본시장의 공정성과 효율성을 해침은 물론이다. 또한 그 증권 자체에 관한 정보는 거짓이 아니어서 자본의 흐름을 왜곡시키는 것은 아니라도, 이러한 스캘핑 행위가 용인되면 자본시장에서의 공정한 경쟁에 대한 시장참여자들의 신뢰가 훼손되고 시장 내의 각종 투자 관련 조연행위가 평가절하됨으로써, 양질의 정보를 생산하고 소비하려는 유인이 감소하여 자본시장에서의 자원배분의 효율성을 해치고 투자자들이 자본시장으로부터 이탈하는 결과를 가져올 수 있다.

또한 특정 증권을 추천하기 직전에 그 증권을 매수한 투자자문업자 등은 장기적 가격상승의 잠재력이 아니라 추천으로 예상되는 투자자들의 행동에 따른 단기적 가격상승 가능성 때문에 의식적으로 또는 무의식적으로 그 증권을 추천할 유인이 생길 수 있고, 추천내용의 객관성에 영향을 미칠 수 있는 추천의 동기는 추천에 따라 투자 판단을 하려는 합리적인 투자자가 중요하게 고려할 상당한 개인성이 있는 사항에 해당하므로, 특정 증권을 추천하기 전에 자신의 계산으로 그 증권을 매수한 투자자문업자 등이 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 공시하지 않고 추천하면 상대방에게 개인적인 이해관계 없이 객관적인 동기에서 그 증권을 추천한다는 오해를 초래할 수 있다.

위와 같은 제반 사정을 고려하면, 투자자문업자 등이 추천하는 증권을 자신이 선행매수하여 보유하고 있고 추천 후에 이를 매도할 수도 있다는 그 증권에 관한 자신의 이해관계를 표시하지 않은 채 그 증권의 매수를 추천하는 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 말하는 '부정한 수단, 계획, 기교를 사용하는 행위'에 해당하는 한편, 투자자들의 오해를 초래하지 않기 위하여 필요한 중요사항인 개인적인 이해관계의 표시를 누락함으로써 투자자들에게 객관적인 동기에서 그 증권을 추천한다는 인상을 주어 거래를 유인하려는 행위로서 자본시장법 제178조 제2항에서 정한 '위계의 사용'에도 해당한다.

나. 원심은, 피고인이 2009. 12.경부터 2013. 3.경까지 ○○○ ○○○○ TV 방송제작팀에서 애널리스트로 근무하면서 생방송 증권방송인 '△△△△', '□□□' 등 프로그램에 출연하여 유망 종목을 추천하는 업무를 담당하던 중, 제1심판결 별지 [첨부 1] 범죄일람표 각 기재와 같이 2010. 4. 8.부터 2013. 1. 22.까지 90개 종목에 대하여 117회에 걸쳐 차명계좌를 이용하여 방송 전에 특정 종목의 주식을 선행 매수한 다음, 그 주식을 사전에 매수하여 보유하고 있다는 사실을 숨긴 채 방송에서 단독 또는 다수의 유망 종목 중 하나로 분석·추천하여 유망 주식을 매입하려는 일반 투자자들의 관심을 환기시키고는, 방송 직후 또는 적어도 방송일부터 수일 이내에 선행매수물량을 매도하거나, 혹은 낮은 목표수익 수준으로 방송 전 또는 방송 중에 미리 예상 상승가격으로 제출해 둔 매도 주문에 따라 방송 중 또

는 방송 직후 계약이 체결되도록 하는 방법 등으로 주식의 매수·매도거래를 한 사실을 인정한 다음, 그러한 행위는 자본시장법 제178조 제1항 제1호에서 정한 주식의 매매와 관련하여 부정한 수단, 계획, 기교를 사용한 행위 및 자본시장법 제178조 제2항에서 정한 거래 목적 또는 시세 변동 목적으로 위계를 사용한 행위에 해당한다고 판단하였다.

앞서 본 법리와 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 자본시장법 제178조 제1항 제1호, 제2항에 관한 법리를 오해하거나, 논리와 경험의 법칙을 위반하여 사실을 오인한 잘못이 없다.

2. 부당이득 산정에 관한 법리오해의 점에 대하여

자본시장법 제443조 제1항 단서 및 제2항에서 규정하고 있는 ‘위반행위로 얻은 이익’이란 그 위반행위와 관련된 거래로 인한 이익을 말하는 것으로서 위반행위로 인하여 발생한 위험과 인과관계가 인정되는 것을 의미한다.

원심은, 이 사건에서 피고인이 얻은 이익액을 방송 전후 매매일치수량을 확정하여 평균매수단가와 평균매도단가의 차액에 매매일치수량을 곱한 후 실제 발생한 거래수수료 및 증권거래세, 농어촌특별세를 공제하는 방법으로 산정한 후 그 금액의 추징을 명한 제1심의 판단을 유지하면서, 매수 후 방송 전까지의 시세상승 부분이나 거래일 3일 이후부터 매도 전까지의 시세상승 부분은 인과관계 없는 이익으로서 제외되어야 한다는 피고인의 주장을 배척하였다.

관련 법리와 증거에 의하여 살펴보면, 위와 같이 산정한 금액의 추징을 명한 원심의 판단은 수긍할 수 있다. 원심의 판단에 부당이득 산정에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다는 상고이유 주장은 받아들이지 아니한다.

3. 결론

그러므로 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이기택(재판장) 김용덕 김신(주심) 김소영

20

2017. 3. 30.자 2016모2874 결정 [상소권회복기각결정에 대한재항고]

제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우, 법원이 취할 조치(=기각 결정)

【결정요지】

제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에

는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다.

따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.

【참조조문】 형사소송법 제347조, 제365조, 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조

【재항고인】 재항고인

【원심결정】 서울동부지법 2016. 9. 19.자 2016로38 결정

【주 문】 재항고를 기각한다.

【이 유】 재항고이유를 판단하기에 앞서 직권으로 본다.

1. 제1심판결에 대하여 피고인 또는 검사가 항소하여 항소법원이 판결을 선고한 후에는 상고법원으로부터 사건이 환송 또는 이송되는 경우 등을 제외하고는 항소법원이 다시 항소심 소송절차를 진행하여 판결을 선고할 수 없다. 따라서 항소심판결이 선고되면 제1심판결에 대한 항소권이 소멸되어 제1심판결에 대한 항소권 회복청구와 항소는 적법하다고 볼 수 없다. 이는 제1심 재판 또는 항소심 재판이 소송촉진 등에 관한 특례법이나 형사소송법 등에 따라 피고인이 출석하지 않은 가운데 불출석 재판으로 진행된 경우에도 마찬가지이다.

따라서 제1심판결에 대하여 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 피고인이 동일한 제1심판결에 대하여 항소권 회복청구를 하는 경우 이는 적법하다고 볼 수 없어 형사소송법 제347조 제1항에 따라 결정으로 이를 기각하여야 한다.

2. 기록에 의하면, 다음의 사실을 알 수 있다.

가. 이 사건 제1심은 소송촉진 등에 관한 특례법 제23조에 따라 재항고인이 불출석한 상태에서 심리를 진행하여 2010. 6. 17. 재항고인에 대해 징역 1년 6월의 유죄판결을 선고하였다.

나. 제1심판결에 대하여 검사가 양형부당을 이유로 항소하였다. 항소심은 제1심판결에 공시송달절차의 위법이 있다고 보아 다시 공시송달의 방법으로 소환장 등을 송달하고 형사소송법 제365조에 따라 재항고인이 불출석한 상태에서 심리를 진행한 후 2010. 10. 1. 제1심판결을 직권으로 파기하고 재항고인에 대해 징역 1년 6월의 유죄판결을 선고하여 항소심판결이 확정되었다.

다. 그 후 재항고인은 2016. 6. 7. 제1심판결에 대한 항소권 회복청구를 하였다. 제1심법원은 2016. 7. 29. 재항고인이 항소기간 내에 항소를 제기하지 못하였다고 하더라도 재항고인이 책임질 수 없는 사유에 기인한 것이라고 보기 어렵다는 이유로 항소권 회복청구를 기각하였다. 재항고인이 제1심법원의 위 결정에 대해 즉시항고를 하였으나, 원심법원은 위와 같은 사유로 항소권 회복청구를 기각한 제1심의 판단이 정당하고 달리 항소권 회복을 인정할 사유를 찾을 수 없다는 이유로 재항고인의 즉시항고를 기각하였다.

3. 위 사실관계를 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 재항고인의 이 사건 항소권 회복신청은 제1심판결에 대하여 이미 검사의 항소에 의한 항소심판결이 선고된 후 동일한 제1심판결을 대상으로 이루어진 것으로서 적법하다고 할 수 없다. 따라서 원심으로서의 항소권 회복청구의 원인에 대한 판단에 나아갈 필요 없이 결정으로 재항고인의 즉시항고를 기각하였어야 한다. 그런데도 원심은 재항고인의 항소권 회복청구가 적법함을 전제로 그 청구에 관한 사유를 판단하여 그 사유가 인정되지 않는다는 이유로 이를 기각한 제1심결정을 그대로 유지하였다. 이러한 원심의 결정은 그 이유에 다소 부적절한 점이 있기는 하나, 재항고인의 항소권 회복청구를 기각한 결론에서는 정당하다. 원심의 결정에 재판에 영향을 미친 헌법·법률·명령 또는 규칙의 위반이 없다.

4. 그러므로 재항고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 결정한다.

대법관 박보영(재판장) 박병대 권순일 김재형(주심)