

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건 2022도3784 가. 자본시장과금융투자업에관한법률위반  
나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)  
다. 업무상배임  
라. 업무상배임미수

피 고 인 피고인 1외 4인

상 고 인 피고인 1, 2, 3, 4 및 검사(피고인 모두에 대하여)

변 호 인 법무법인(유한) 케이에이치엘(피고인 1, 피고인 4를 위하여)  
담당변호사 김현석 외 1인  
변호사 홍석범 외 2인(피고인 1을 위하여)  
변호사 유지원(피고인 2를 위하여)  
변호사 이상윤 외 3인(피고인 3을 위하여)  
법무법인(유한) 광장(피고인 5를 위하여)  
담당변호사 나상용 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2022. 2. 25. 선고 2021노1732 판결

판 결 선 고 2022. 6. 30.

주 문

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함) 및 피고인 4에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 나머지 상고 및 피고인 5에 대한 상고를 모두 기각한다.

## 이 유

상고이유를 판단한다.

### 1. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로 위 피고인들에 대한 공소사실(무죄 부분 제외)을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 따라 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 '자본시장법'이라 한다) 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단 등 사용', 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 '특정경제범죄법'이라 한다)위반(배임)죄의 성립과 손해액 산정 및 죄형법정주의 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 2. 피고인 3의 상고이유에 관하여

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 3에 대한 공소사실(무죄 부분 제외)을 유죄로 판단하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 따라 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자본시장법 제178조 제1항 제1호의 '부정한 수단 등 사용', 특정경제범죄법위반(배임)죄의 성립과 손해액 산정, 업무상배임죄와 업무상배임미수죄

의 성립 및 죄형법정주의 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

### 3. 검사의 상고이유에 관하여

#### 가. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 자본시장법위반 부분

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 위 피고인들이 ① 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하였다는 자본시장법위반 부분에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이유에서 무죄로 판단하고, ② 부정한 수단 등을 사용하는 행위를 하여 191,817,820,025원 상당의 부당이득을 취득하였다는 자본시장법위반 부분에 대하여 위반행위로 취득한 이익을 산정하기 곤란한 경우에 해당한다고 보아 이유에서 무죄로 판단하고 추징을 선고하지 않았다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 자본시장법 제178조 제1항 제2호의 '중요사항의 거짓 기재 또는 표시의 사용', 자본시장법위반죄에서의 '위반행위로 얻은 이익' 및 몰수·추징에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

#### 나. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 신주인수권부사채 인수 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분

##### 1) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로 주식회사 신라젠(이하 '신라젠'이라 한다)에 귀속되는 것을 전제로 신주인수권부사채를 발행해야 할 업무상 임무를 위반하고, 피고인 4는 이에 공모하여, 이 사건 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로 납입되지 않았음에도 액면 합계 350억 원의 이 사건 신주인수권부사채를 위 피고인들에게 발행하고, 이후 위 피고인들이 신주인수권을 행사하여 합계

9,999,998주를 1주당 3,500원에 인수함으로써 합계 9,999,998주의 신라젠 신주를 인수할 수 있는 191,817,820,025원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 신라젠에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

## 2) 원심의 판단

원심은, 이 사건 신주인수권부사채 발행 즉시 업무상배임은 기수에 이르렀고 신주인수권 행사는 그 이후의 사정에 불과하다는 등의 이유로 신주인수권 행사 시점의 주가에서 신주인수권 행사대금을 공제하는 방식으로 산정된 이 부분 공소사실상의 손해액을 이 부분 범행으로 인한 손해액으로 볼 수 없고, 또 신라젠이 위 피고인들에게 합계 350억 원 상당의 사채를 상환해야 하는 위험이 구체적·현실적으로 야기되었다고 보기 어렵다는 등의 이유로 이 사건 신주인수권부사채의 권면총액 내지 인수대금 상당액인 350억 원도 이 부분 범행으로 인한 손해액으로 볼 수 없다고 판단하였다.

원심은 이어, 이 사건 신주인수권부사채 발행이 배임행위가 되는 주된 근거는 신라젠이 신주인수권부사채를 발행했음에도 그에 상응하는 대가가 신라젠에 귀속되지 않은 점이고 이로 인해 위 피고인들은 아무런 실질적 대가를 부담하지 않고 이 사건 신주인수권부사채를 취득함으로써 인수대금 조달비용 상당의 이익을 얻었을 뿐이므로 이러한 이익에 상응하는 손해는 신라젠이 이 사건 신주인수권부사채 인수대금을 실질적으로 취득하여 운용함으로써 얻을 수 있는 이익을 얻지 못한 것으로서 그 판시와 같은 계산 방식을 거쳐 구체적으로 10억 5,000만 원이라고 본 후, 50억 원 이상의 손해액을 전제로 하는 이 부분 공소사실에 대해서 이유에서 무죄로 판단하였다.

## 3) 대법원의 판단

그러나 원심의 위와 같은 판단은 받아들이기 어렵다. 그 이유는 다음과 같다.

가) 신주인수권부사채는 미리 확정된 가액으로 일정한 수의 신주 인수를 청구할 수 있는 신주인수권이 부여된 사채로서, 원칙적으로 신주인수권이 행사되어 신주가 발행되더라도 사채는 그대로 존속한다(대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결, 대법원 2020. 7. 23. 선고 2015도11931 판결 등 참조). 신주인수권부사채의 발행업무를 담당하는 사람과 신주인수권부사채 인수인이 사전 공모하여 제3자로부터 차용한 돈으로 인수대금을 납입하고 신주인수권부사채 발행절차를 마친 직후 곧바로 이를 인출하여 직·간접적으로 위 차용금 채무의 변제에 사용하는 등 실질적으로 신주인수권부사채 인수대금이 납입되지 않았음에도 신주인수권부사채를 발행한 경우, 특별한 사정이 없는 한 신주인수권부사채의 발행업무를 담당하는 사람은 회사에 대하여 신주인수권부사채 인수대금이 모두 납입되어 실질적으로 회사에 귀속되도록 조치할 업무상의 임무를 위반하였다고 보아야 한다. 인수대금이 대여금이나 투자금 등의 명목으로 인출되어 회사가 인수인이나 그와 이해관계가 있는 제3자 등에 대해 외형적으로 인수대금 상당의 금전채권을 취득하게 되었더라도, 그러한 거래가 정상적이고 합리적인 회사의 영업활동으로 인한 것이 아니라 궁극적으로는 인수인 등이 인수자금을 조달하는 과정에서 부담하게 된 차용금 채무를 변제하기 위한 것이라면 인수대금이 회사에 실질적으로 납입되었다고 볼 수 없다. 이 경우 신주인수권부사채 인수인은 인수대금을 납입하지 않고서도 신주인수권부사채를 취득하여 인수대금 상당의 이득을 얻게 되고, 회사는 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하여 취득하여야 할 인수대금 상당의 돈을 취득하지 못하여 같은 금액 상당의 손해를 입게 된다. 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로는 납입되지 않았음에도 신주인수권부사채가 발행됨으로써 회사가 사채상환의무를 부담하게 된 이상, 설령 당시 인수인 등이 장차 사채상환기일에 사채상환금이 실질적

으로 지급되지 않도록 할 계획을 갖고 있더라도 업무상배임죄에서의 고의나 불법영득의사가 부정될 수는 없고, 또 이후 실제로 그 계획이 실행되어 회사가 실질적으로 사채상환의무를 부담하지 않게 되었다고 하더라도 이러한 사정은 범죄 후의 정황에 불과하며, 업무상배임죄로 인한 손해액은 그대로 인수대금 상당액으로 보아야 한다.

결국 이러한 경우 신주인수권부사채의 발행업무를 담당하는 사람과 신주인수권부사채 인수인은 업무상배임죄의 죄책을 지고, 그 손해액은 인수대금 상당액이다.

나) 원심판결 이유 및 원심과 제1심이 적법하게 채택해 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실을 알 수 있다.

(1) 신라젠의 감사인 피고인 1, 대표이사인 피고인 2, 이사인 피고인 3은 피고인 4와 함께 신라젠 상장을 위한 요건으로 최대주주 등의 최소 20% 이상 지분 확보를 위해 동부증권 주식회사(이하 '동부증권'이라 한다)의 제안에 따라 신라젠이 발행할 총 350억 원의 이 사건 신주인수권부사채를 인수한 다음 신주인수권을 행사하기로 계획했다.

(2) 그런데 위 피고인들은 곧바로 신주인수권부사채 인수대금 350억 원을 조달할 수 없어 ① 동부증권이 피고인 4가 운영하는 주식회사 크레스트파트너(이하 '크레스트파트너'라 한다) 발행의 무보증 사모사채를 인수하는 방법으로 크레스트파트너에 350억 원을 대여하고, ② 위 피고인들이 다시 크레스트파트너로부터 위 돈을 차용한 다음 ③ 이 사건 신주인수권부사채를 인수하여 그 대금을 신라젠에 납입하고, ④ 신라젠은 이를 곧바로 크레스트파트너에 대여하여 크레스트파트너에 송금하면, ⑤ 크레스트파트너가 위 돈을 동부증권에 상환하는 방식으로 자금을 순환하는 이른바 '자금돌리기' 방식을 취하기로 계획했다.

(3) 위 계획에 따라 크레스트파트너는 2014. 3. 4. 동부증권에 무보증 사모사채를 발행하고 동부증권은 크레스트파트너에 그 인수대금 명목으로 350억 원을 지급했다.

(4) 위 피고인들은 2014. 3. 4. 350억 원을 변제기 2015. 3. 4., 이자 연 3%의 비율로 정하여 크레스트파트너로부터 차용한 후 이를 이 사건 신주인수권부사채 인수대금으로 신라젠에 납입하였다.

(5) 신라젠은 2014. 3. 4. 총액 350억 원의 이 사건 신주인수권부사채를 이자 연 2.5%의 비율로 정하여 위 피고인들에게 발행했다.

(6) 신라젠은 2014. 3. 4. 크레스트파트너에 위 350억 원을 변제기 2015. 3. 4., 이자 연 3%의 비율로 정하여 대여했고, 크레스트파트너는 신라젠으로부터 차용한 위 350억 원을 2014. 3. 6. 동부증권에 송금하여 위 무보증 사모사채를 변제하였다.

(7) 이후 위 피고인들은 2015. 3. 4. 이 사건 신주인수권부사채 조기상환 청구를 하여 신라젠으로부터 원리금 35,740,250,000원을 상환받고, 같은 날 크레스트파트너에 대한 차용금 변제 명목으로 36,008,750,000원을 송금하였으며, 크레스트파트너는 같은 날 신라젠에 대한 차용금 변제 명목으로 35,757,078,775원을 송금하였다. 이로써 위 피고인들과 신라젠, 크레스트파트너 사이의 금전 거래 관계는 정산 소멸하였다.

다) 이러한 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴본다.

(1) 위 피고인들은 오로지 위 계획에 따라 제3자로부터 차용한 돈으로 이 사건 신주인수권부사채 인수대금을 납입하여 이 사건 신주인수권부사채를 인수한 다음 곧바로 인수대금을 인출하여 차용금 채무를 변제하였으므로 결과적으로 이 사건 신주인수권부사채는 실질적인 인수대금이 납입되지 않은 채로 발행되어 위 피고인들에게

인수되었다. 그렇다면 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3은 이 사건 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로 신라젠으로 귀속되도록 조치할 업무상 임무를 위반하고 피고인 4는 이에 공모하여, 실질적으로는 인수대금이 납입되지도 않은 채로 이 사건 신주인수권부사채 350억 원을 발행해 이를 인수함으로써 그 사채가액 350억 원의 이득을 얻고, 신라젠으로 하여금 사채상환의무를 부담하면서도 그에 상응하는 인수대금을 취득하지 못하게 하여 인수대금, 즉 350억 원의 손해를 입게 하였다.

(2) 한편 위 피고인들이 사전에 계획한 '자금돌리기' 방식에 따르면, 신라젠은 이 사건 신주인수권부사채를 발행하더라도 결과적으로 사채상환의무 이행으로 인해 사채상환금을 지출하는 손해를 입게 되는 것은 아니고 실제로 그대로 실행되기도 하였으나, 신라젠에 이 사건 신주인수권부사채 인수대금이 실질적으로 납입되지 않았음에도 이 사건 신주인수권부사채가 발행됨으로써 사채상환의무가 성립한 이상 위 사정만으로 손해액을 위와 달리 볼 수 없다. 그런데도 원심은 이 부분 범행의 손해액을 신라젠이 취득하지 못한 인수대금의 운용이익 상당액인 10억 5,000만 원으로 보아 50억 원 이상의 손해액을 전제로 하는 이 부분 공소사실에 대해 이유에서 무죄로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 실질적으로 인수대금을 납입하지 아니한 신주인수권부사채의 발행과 특정경제범죄법위반(배임)죄에서의 손해액에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이 점을 지적하는 검사의 상고이유 주장은 이유 있다.

다. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5에 대한 하이비스커스 주식회사 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분

원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 위 피고인들에 대한 위 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 관한 주위적 공소사실과 원심에서 추가된 예비적 공소사실

에 대하여 범죄의 증거가 없다고 보아 주위적 공소사실을 무죄로 판단한 제1심판결을 그대로 유지하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 특정경제범죄법위반(배임)죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

라. 피고인 3에 대한 업무상배임, 업무상배임미수 및 특정경제범죄법위반(배임) 부분

1) 원심은 그 판시와 같은 이유로 이 사건 공소사실 중 피고인 3에 대한 주식매수선택권 관련 각 특정경제범죄법위반(배임) 부분 및 신라젠 바이오 대여금 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 관하여 범죄의 증거가 없다고 보아 이를 무죄로 판단하였다. 관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 특정경제범죄법위반(배임)죄의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

2) 한편 검사는 원심이 유죄로 인정한 피고인 3에 대한 주식매수선택권 관련 업무상배임 및 업무상배임미수 부분에 대하여 기수시기에 관한 법리오해의 잘못이 있다는 취지로 주장한다. 검사는 공익의 대표자로서 법령의 정당한 적용을 청구할 임무를 가지므로 반대당사자에게 불이익한 재판에 대하여는 그것이 위법일 때에는 위법을 시정하기 위하여 상소로써 불복할 수 있지만 불복은 재판의 주문에 관한 것이어야 하고 재판의 이유만을 다투기 위하여 상소하는 것은 허용되지 않는다(대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도8249 판결 참조). 검사의 이 부분 상고이유는 유죄를 선고한 원심판결의 주문에 관한 것이 아니라 그 이유만을 다투기 위한 것임이 분명하므로 허용될 수 없다.

마. 나머지 유죄 부분에 관하여

검사는 원심판결 전부에 대하여 상고하였으나 나머지 유죄 부분에 대하여는 상고장이나 상고이유서에 구체적인 불복이유의 기재가 없다.

#### 4. 파기의 범위

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 관한 이유무죄 부분은 파기되어야 한다. 위 파기 부분은 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 유죄 부분 중 신주인수권부사채 발행 관련 특정경제범죄법위반(배임) 부분과 일죄 관계에 있고, 나머지 유죄 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 원심이 하나의 형을 선고하여야 하므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 유죄 부분은 전부 파기되어야 한다. 한편 위 유죄 부분을 위와 같은 이유로 파기하는 이상 이와 각 일죄 또는 포괄일죄 관계에 있는 나머지 이유무죄 부분도 함께 파기되어야 한다. 결국 원심판결 중 피고인 4에 대한 부분 및 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함)은 전부 파기되어야 한다.

#### 5. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 유죄 부분(이유무죄 부분 포함) 및 피고인 4에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대한 나머지 상고 및 피고인 5에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장      대법관      오경미      \_\_\_\_\_

                  대법관      박정화      \_\_\_\_\_

주    심      대법관      노태약      \_\_\_\_\_