2. 98년-현재까지 금감원에서 수집한 불공정거래행위 관련 법원판례 일체

금융감독원은 불공정거래에 관한 판례를 여러 경로로 수집하여 이를 조사업무에 참고하고 있으며, 특히 대법원 종합법률사이트(http://glaw.scout.go.kr)를 주로 참고하고 있습니다.

불공정거래행위 관련 유형별 사례는 붙임과 같습니다.

(붙 임)

Ⅰ. 미공개정보이용금지위반 판례

□ 대법원 2006.5.12. 선고 2004도491 판결

【판시사항】

[1] 배임수재죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'의 의미 및 신임관계의 발생근거

[2] 배임수재죄에 있어서 '부정한 청탁'의 의미 및 그 판단 기준

[3] 증권거래법 제188조의2에서 정한 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 해당하는 경우

[4] 일부 언론에 추측보도된 바 있는 사실이라 하더라도 관계 법령에 따라 일반인에게 공개된 바 없는 이상 증권거래법 제188조의2에서 정하고 있는 미공개정보에 해당한다고 한 원심의 판단을 수긍한 사례

[5] 구 증권거래법 제207조의2 제1호 단서에서 정하고 있는 "위반행위로 얻은 이익"의 의미 및 그 산정 방법

【참조조문】

[1] 형법 제357조 제1항/ [2] 형법 제357조 제1항/ [3] 증권거래법 제188조의2 제2항/ [4] 증권거래법 제188조의2/ [5] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제1항,제207조의2 제1호

【참조판례】

[1] [2] 대법원 2004. 12. 10. 선고 2003도6866 판결/ [1] 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결(공1999하, 1546),대법원 2000. 3. 14. 선고 99도5195 판결,대법원 2003. 2. 26. 선고 2002도6834 판결(공2003상, 950) / [2] 대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결(공1989, 205),대법원 1998. 6. 9. 선고 96도837 판결(공1998하, 1921) / [3] 대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결(공1995하, 2676),대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결(공2001상, 212) / [5] 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2005. 4. 15. 선고 2005도632 판결

【전 문】

【피 고 인】 피고인

【상 고 인】 피고인
【변 호 인】 변호사 주한일외 1인
【원심판결】 서울지법 2004. 1. 7. 선고 2003노1163 판결

【주 문】

상고를 기각한다.

【이 유】

1. 배임수재죄에 관하여

형법 제357조 제1항의 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는바, 배임수재죄의 주체로서 '타인의 사무를 처리하는 자'라 함은 타인과의 대내관계에 있어서 신의성실의 원칙에 비추어 그 사무를 처리할 신임관계가 존재한다고 인정되는 자를 의미하고, 반드시 제3자에 대한 대외관계에서 그 사무에 관한 권한이 존재할 것을 요하지 않으며, 또 그 사무가 포괄적 위탁사무일 것을 요하는 것도 아니고, 사무처리의 근거, 즉 신임관계의 발생근거는 법령의 규정, 법률행위, 관습 또는 사무관리에 의하여도 발생할 수 있다(대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결, 2003. 2. 26. 선고 2002도6834 판결 등 참조). 또한, 배임수재죄에 있어서 '부정한 청탁'이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고, 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이와 관련되어 교부받거나 공여한 재물의 액수, 형식, 보호법익인 사무처리자의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적임을 요하는 것은 아니다(대법원 1988. 12. 20. 선고 88도167 판결, 2004. 12. 10. 선고 2003도6866 판결 등 참조).

원심은 제1심의 채택 증거에 의하여, 공소외 1주식회사의 (기금명 생략)기금 자문팀 차장으로서 위 기금의 투자대상회사에 관한 기업분석 및 투자 여부에 관한 자문 등을 담당하여 오던 피고인이 공소외 2주식회사의 상무이사 공소외 3으로부터 위 기금에서 인수한 공소외 2주식회사 발행의 전환사채 4구좌의 조기상환이 차질없이 이루어지도록 하여 달라는 청탁을 받고 합계 520,000,000원을 수수한 사실을 인정한 다음, 피고인의 위와 같은 행위가 배임수재죄에 해당한다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

기록에 의하여 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 위의 법리에 따른 것으로서 정당하여, 거기에 채증법칙 위반, 배임수재죄의 성립에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 미공개정보 이용행위로 인한 증권거래법 위반죄에 관하여

가. 미공개정보에 해당하는지 여부

증권거래법 제188조의2 제2항은 "일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보"를 "당해 법인이

재정경제부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것"이라고 규정하고 있으므로, 어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 같은 법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위 금지의 대상이 되는 정보에 속한다(대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결, 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결 등 참조).

원심은, 공소외 2주식회사와 공소외 4주식회사 사이의 인수 후 개발(Acquisition and Development) 추진사실이 비록 일부 언론에 추측 보도된 바 있다고 하더라도 관계 법령에 따라 일반인에게 공개된 바 없는 이상 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보에 해당하고, 이를 공소외 2주식회사의 임원인 공소외 3으로부터 전해들은 피고인이 위 회사의 전환사채를 공소외 5명의로 인수한 것은 증권거래법 제188조의2 제1항에서 금지하는 미공개정보 이용행위로서 증권거래법 위반죄를 구성한다고 판단하였는바, 기록에 의하면, 원심의 위와 같은 판단은 위의 법리에 따른 것으로서 정당하여, 거기에 증권거래법의 관련 규정에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

나. 원심이 선고한 벌금형이 위법한지 여부

구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제1호는 같은 법 제188조의2 제1항의 규정에 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처하되, 다만 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과할 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는바, 위 단서에서 정하고 있는 "위반행위로 얻은 이익"이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 "손실액"에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이득 즉, 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하므로, 미공개정보 이용행위로 얻은 이익은 그와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 및 그 거래비용을 공제한 나머지 순 매매이익을 의미하고(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 2005. 4. 15. 선고 2005도632 판결 등 참조), 그와 같은 이익의 산정에 있어서는 피고인의 이익실현행위를 기준으로 하여 그에 따른 구체적 거래로 인한 이익, 아직 보유 중인 미공개정보 이용 대상 주식의 가액, 미공개정보 이용행위와 관련하여 발생한 채권 등이 모두 포함되어야 하며, 이 경우 특별한 사정이 없는 한 아직 보유 중인 주식의 가액은 그와 동종 주식의 마지막 처분행위시를 기준으로, 주식양도를 목적으로 하는 채권의 가액은 그 약정이행기를 기준으로 산정함이 상당하다.

기록에 의하면, 피고인이 2001. 4. 24. 이 사건 미공개정보를 이용하여 (기금명 생략)기금으로부터 공소외 2주식회사 발행의 전환사채 1구좌를 공소외 5명의로 인수하고 그 인수대금 1,095,779,918원을 지급한 사실, 피고인은 2001. 6. 중순경 공소외 2주식회사의 대주주로서 임원인 공소외 3등과의 사이에 피고인이 위 전환사채 1구좌를 공소외 2주식회사에 양도하는 대신 위 회사의 주식 50만 주를 양수하기로 하는 내용의 계약을 체결하고, 2001. 6. 21. 위 회사의 주식 30만 주는 이전받았으나, 나머지 20만 주는 그 약정시기(2002. 5. 30.부터 2002. 6. 30.까지 사이에 피고인이 청구한 날 이후 5일 이내) 이전에 이 사건 미공개정보 이용행위가 적발됨으로써 이전받지 못한 사실, 피고인은 위 30만 주 중 16만 주를 2001. 6. 26.부터

2001. 7. 19.까지 사이에 743,361,720원에 매각하고 그에 관한 증권거래세 및 수수료로 5,203,515원을 지출하여 그 차액 738,158,205원을 취득한 사실, 피고인은 나머지 14만 주 외에 2001. 7. 20. 이후 위 회사의 주식 3만 주를 추가로 매수하여 2002. 4. 26.까지 그 중 15만 주를 645,858,320원에 매각하고 그에 관한 증권거래세 및 수수료로 4,521,005원을 지출하여 그 차액 641,337,315원을 취득한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 사실관계를 기초로 하여 위의 법리에 따라 피고인에게 가장 유리한 방법으로 피고인이 이 사건 미공개정보 이용행위로 얻은 이익을 계산하면, 위 2001. 7. 19.까지의 16만 주 매각으로 취득한 738,158,205원, 그 이후 매각한 15만 주에 추가로 매수한 3만 주가 모두 포함되어 위 30만 주 중 12만 주만 매각된 것으로 보아 위 매각으로 취득한 금액 중 12만 주에 해당하는 513,069,852원, 보유 중인 나머지 2만 주를 마지막 매각일인 2002. 4. 26.의 주가를 기준으로 평가한 31,200,000원(2만주 × 1, 560원), 아직 이전받지 못한 20만 주를 그 약정이행기간 동안의 가장 낮은 주가를 기준으로 평가한 190,000,000원(20만주 × 950원, 피고인은 원심에 이르러 위 20만 주를 포기한다는 내용의 확약서를 제출하였으나, 이는 범죄 종료 후에 받은 이익을 포기한 것에 불과하므로, 이 사건 이익액의 산정에 있어서 고려하여야 할 사정은 아니다)의 합계액에 위 인수대금 1,095,779,918원을 공제한 376,648,139원이 되는 바(피고인은 공소외 3에게 주식거래에 따른 세금 등의 명목으로 5,000만 원을 지급하였다고 하면서 이 또한 이익액에서 공제되어야 한다고 주장하나, 이를 인정할 아무런 증거가 없을 뿐만 아니라, 가사 피고인의 주장과 같이 공소외 3에게 5,000만 원을 지급하였다고 하더라도 위 5,000만 원이 이 사건 미공개정보 이용행위와 관련하여 지출한 비용이라고 하기는 어려우므로, 위 이익액에서 공제할 성격의 비용에 해당하지 않는다), 위와 같은 이익액은 비록 원심이 산정한 608,850,396원 또는 공소장 기재 577,734,002원보다 작기는 하나, 원심이 피고인에 대하여 선고한 벌금 3억 5,000만 원은 위 이익액에 의하여 산정되는 정당한 형의 범위 안에 있는 것이 명백할 뿐더러 그 형의 양정도 적정한 것으로 보이므로, 결국 원심의 이익액 산정과정에서의 잘못은 판결 결과에 아무런 영향이 없다.

또한, 원심에 이르러 비로소 피고인이 얻은 이익액을 위와 같이 특정하는 내용의 공소장변경이 이루어졌다고 하더라도, 원심이 제1심에 비하여 낮은 액수의 벌금을 선고한 이상, 그 공소장변경을 허가한 원심의 조치에 불이익변경금지의 원칙을 실질적으로 침해하는 등의 위법이 있다고 볼 수도 없다.

3. 결 론

그러므로 상고를 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 김황식(재판장) 이규홍 김영란(주심)

□ 대법원 2006.5.11. 선고 2003도4320 판결

【판시사항】

[1] 구 증권거래법 제188조의2 제2항이 규정하는 "투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠

수 있는 정보"의 의미

[2] 증권거래법 제188조의2에 정한 내부자거래의 규제대상이 되는 정보의 의미 및 미공개정보의 이용에 해당하는 경우

[3] A&D(주식교환방식에 의한 인수·합병)를 추진하는 주식회사의 대주주이자 상무이사인 피고인이 전환사채의 거래에 앞서 그 인수 회사의 담당 직원에게 내부정보를 미리 알려준 것만으로는 위 인수 회사 혹은 그 자산운영사에게 위 내부정보가 공개된 것으로 볼 수 없으므로 피고인이 미공개 내부정보를 위 전환사채 거래에 이용한 것이라고 본 원심의 판단을 수긍한 사례

[4] 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁의 의미 및 그 판단 기준

[5] 공모관계의 성립요건 및 그 인정 방법

[6] 시세조종 등의 금지에 관한 구 증권거래법 제188조의4 제2항이 규정하는 '매매거래를 유인할 목적'과 같은 항 제1호가 규정하는 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'의 의미 및 판단 방법

【판결요지】

[1] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제2항 소정의 "투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보"라 함은 같은 법 제186조 제1항 제1호 내지 제12호에 유형이 개별적으로 예시되고 제12호에 포괄적으로 규정되어 있는 "법인의 경영·재산 등에 관하여 중대한 영향을 미칠 사실"들 가운데 합리적인 투자자라면 그 정보의 중대성과 사실이 발생할 개연성을 비교 평가하여 판단할 경우 유가증권의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 중요한 가치를 지닌다고 생각하는 정보를 가리킨다.

[2] 내부자거래의 규제대상이 되는 정보가 되기 위해서는 그 정보가 중요한 정보일 뿐만 아니라 아직 일반인에게 알려지지 아니한 미공개정보이어야 하는데, 증권거래법 제188조의2 제2항의 규정에 비추어 어떤 정보가 당해 회사의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 공시절차에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 내부자거래의 규제대상이 되는 정보에 속한다고 보아야 하고, 다만 거래의 당사자가 거래의 목적인 유가증권 관련 내부정보에 대하여 전해 들어 이를 잘 알고 있는 상태에서 거래에 이르게 되었음이 인정되는 경우에는 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용한 것으로 볼 수 없다 할 것이지만, 거래당사자인 법인의 담당 직원이 거래의 상대방으로부터 그 유가증권 관련 내부정보를 전해 들었음에도 이를 정식으로 법인의 의사결정권자에게 보고하거나 그에 관한 지시를 받지 아니한 채 거래의 상대방으로부터 거래의 성사를 위한 부정한 청탁금을 받고서 법인에 대한 배임적 의사로 거래가 이루어지도록 한 경우에는 거래당사자에 대하여 위 내부정보의 완전한 공개가 이루어졌다고 볼 수 없을 것이다.

[3] A&D(주식교환방식에 의한 인수·합병)를 추진하는 주식회사의 대주주이자 상무이사인 피고인이 전환사채의 거래에 앞서 그 인수 회사의 담당 직원에게 내부정보를 미리 알려준 것만으로는 위 인수 회사 혹은 그 자산운영사에게 위 내부정보가 공개된 것으로 볼 수 없으므로 피고인이 미공개 내부정보를 위 전환사채 거래에 이용한 것이라고 본 원심의 판단을 수긍한 사례.

[4] 형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다.

[5] 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다.

[6] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 이는 별개의 목적이 동시에 존재하거나 그 중 어느 목적이 주된 것인가를 문제삼지 않고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하며, 한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다.

【참조조문】

[1]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항,제188조의2 제2항/ [2]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제2항 / [3]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제1항,제2

항,제207조의2 제1항 제1호/ [4]형법 제357조/ [5]형법 제30조/ [6]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제1항,제2항

【참조판례】
[1]대법원 1994. 4. 26. 선고 93도695 판결(공1994상, 1564),대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결(공1995하, 2676),대법원 1995. 6. 30. 선고 94도2792 판결(공1995하, 2689) / [2]대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결(공1995하, 2676),대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1456 판결/ [4]대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결(공1996하, 3366),대법원 2005. 6. 9. 선고 2005도1732 판결/ [5][6]대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결(공2004상, 747) / [5]대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결(공2002하, 1890),대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도1164 판결(공2005하, 1993) / [6]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781),대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결(공2002상, 222),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100),대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결(공2002하, 2127),대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결(공2004상, 192)

【전 문】

【피 고 인】 피고인 1외 2인
【상 고 인】 피고인들
【변 호 인】 법무법인 태평양 담당변호사 송진훈외 4인
【원심판결】 서울지법 2003. 6. 25. 선고 2002노9772 판결

【주 문】

상고를 모두 기각한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 대한 판단

가. 상고이유 제1점에 대하여

증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의2 제2항 소정의 "투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보"라 함은 증권거래법 제186조 제1항 제1호 내지 제12호에 유형이 개별적으로 예시되고 제12호에 포괄적으로 규정되어 있는 "법인의 경영·재산 등에 관하여 중대한 영향을 미칠 사실"들 가운데 합리적인 투자자라면 그 정보의 중대성과 사실이 발생할 개연성을 비교 평가하여 판단할 경우 유가증권의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 중요한 가치를 지닌다고 생각하는 정보를 가리킨다(대

법원 1994. 4. 26. 선고 93도695 판결 등 참조).

원심이 그 채택 증거를 종합하여 적법하게 인정한 판시 각 사실관계를 기록과 대조하여 살펴보면, 피고인 1이 원심 공동피고인 원심 공동피고인과 공모하여 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사사이의 A&D(주식교환방식에 의한 인수·합병) 추진에 관한 미공개 내부정보(이하 '이 사건 내부정보'라고 한다)를 피고인 2에게 알려 주어 그로 하여금 공소외 1 주식회사발행의 유가증권인 이 사건 전환사채의 거래에 이를 이용하게 하였음을 충분히 인정할 수 있고, 한편 위 내부정보는 그 내용 및 앞서 본 법리에 비추어 일반 투자자들의 투자판단에 영향을 미치는 중요한 정보에 해당한다고 볼 수 있다. 이와 결론을 같이 하는 이 부분 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등의 위법이 없다.

상고이유의 주장 중에서 위 피고인이 원심 공동피고인과의 공모하에 이 사건 내부정보를 2에게 알려준 사실이 없고 단지 위 피고인과 원심 공동피고인사이의 위 내부정보에 관한 대화내용을 피고인 2가 엿들어 비로소 이를 알게 되었음을 전제로, 위 내부정보의 전달 여부 및 그에 대한 위 피고인의 범의 여부 등을 다투는 부분은 앞서 본 바와 같이 위 주장의 전제사실과 달리 위 피고인의 적극적인 관여사실이 인정되는 이상 위 주장은 받아들일 수 없다.

나. 상고이유 제2점에 대하여

내부자거래의 규제대상이 되는 정보가 되기 위해서는 그 정보가 중요한 정보일 뿐만 아니라 아직 일반인에게 알려지지 아니한 미공개정보이어야 하는데, 증권거래법 제188조의2 제2항의 규정에 비추어 어떤 정보가 당해 회사의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 공시절차에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 내부자거래의 규제대상이 되는 정보에 속한다고 보아야 하고(대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결 등 참조), 다만, 거래의 당사자가 거래의 목적인 유가증권 관련 내부정보에 대하여 전해 들어 이를 잘 알고 있는 상태에서 거래에 이르게 되었음이 인정되는 경우에는 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용한 것으로 볼 수 없다 할 것이지만(대법원 2003. 6. 24. 선고 2003도1456 판결 참조), 거래당사자인 법인의 담당직원이 거래의 상대방으로부터 그 유가증권 관련 내부정보를 전해 들었음에도 이를 정식으로 법인의 의사결정권자에게 보고하거나 그에 관한 지시를 받지 아니한 채 거래의 상대방으로부터 거래의 성사를 위한 부정한 청탁금을 받고서 법인에 대한 배임적 의사로 거래가 이루어지도록 한 경우에는 거래당사자에 대하여 위 내부정보의 완전한 공개가 이루어졌다고 볼 수 없을 것이다.

원심이 채택한 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1 주식회사의 대주주이자 상무이사인 피고인 1은 공소외 1 주식회사와 공소외 2 주식회사사이의 이 사건 A&D를 추진함에 있어서 공소외 1 주식회사가 2000. 4. 20.경 발행한 액면금 각 10억 원의 전환사채 4구좌 합계 40억 원 상당액을 인수한 공소외 3 주식회사의 자산운용사인 미국 소재 주식회사 스커드 캠퍼(이하 '스커드 캠퍼사'라고 한다)의 승인 문제 등이 대두되자 위 전환사채와 관련한 공소외 3 주식회사측 업무 담당직원 공소외 4에게 사례금조로 7억 원을 주는 대가로 공소외 1

주식회사가 스커드 캠퍼사로부터 위 전환사채 발행가액(이자 별도) 그대로 조기상환요청을 받을 수 있는 빌미를 만들도록 한 후 스커드 캠퍼사가 이를 이유로 전환권의 행사 없이 공소외 1 주식회사에게 전환사채의 상환을 요구하고 공소외 1 주식회사는 그 기회에 사실상 개인들로 하여금 이를 상환, 인수하도록 하는 방법을 사용하기로 공소외 4와 합의하고, 이에 따라 공소외 4가 지시하는 대로 위 피고인이 공소외 1 주식회사의 주식 30,000주를 공소외 3 주식회사의 서면동의 없이 장내매도하자 공소외 4가 공소외 1 주식회사의 약정위반에 따른 기한의 이익 상실을 이유로 공소외 3 주식회사의 자산운용사인 스커드 캠퍼사로 하여금 위 전환사채의 조기상환을 요구하도록 유도함으로써 결국, 위 피고인측이 위 전환사채를 발행가액 그대로 인수하여 판시와 같이 그 중 일부를 매각함으로써 거액의 전매차익을 취득할 수 있도록 하여 준 사실, 그 대가로 위 피고인은 위 전환사채 중 10억 원권 1구좌를 인수한 피고인 2가 제공한 현금 1억 7,500만 원을 비롯하여 합계 약 5억 2,500만 원 상당의 현금을 마대 자루에 담아 공소외 4에게 지급한 사실이 인정된다. 앞서 본 법리와 위 인정 사실에 의하면, 비록 피고인 1이 이 사건 전환사채의 거래에 앞서 공소외 4에게 이 사건 내부정보를 미리 알려 주었다고 하더라도 그것만으로는 거래의 당사자인 공소외 3 주식회사혹은 그 자산운영사인 스커드 캠퍼사에게 위 내부정보가 공개된 것으로 볼 수는 없다 할 것이니, 같은 취지에서 위 피고인이 아직 공개되지 아니한 위 내부정보를 이 사건 전환사채 거래에 이용한 사실이 인정된다고 본 원심의 판단은, 그 이유의 설시에 있어 일부 사실인정을 달리한 잘못은 있으나 결론에 있어서는 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배와 심리미진으로 인한 사실오인 및 법리오해 등의 위법이 없다. 상고이유의 주장 중에서 공소외 3 주식회사는 이 사건 내부정보와 상관없이 이 사건 전환사채의 상환 혹은 제3자 인수를 결정하였다는 등의 이유를 들어 이 사건 내부정보가 위 전환사채에 관한 거래의 요인이 되지 아니하여 내부자거래에 해당하지 아니한다는 취지의 주장은, 기록상 위 주장의 전제사실이 인정되지 아니하므로 이를 받아들일 수 없다.

다. 상고이유 제3점에 대하여

형법 제357조에 규정된 배임증재죄에 있어서의 부정한 청탁이라 함은 청탁이 사회상규와 신의성실의 원칙에 반하는 것을 말하고 이를 판단함에 있어서는 청탁의 내용과 이에 관련되어 취득한 재물이나 재산상 이익의 액수와 형식, 보호법익인 거래의 청렴성 등을 종합적으로 고찰하여야 하며, 그 청탁이 반드시 명시적으로 이루어져야 하는 것도 아니고 묵시적으로 이루어지더라도 무방하다(대법원 1996. 10. 11. 선고 95도2090 판결, 2005. 6. 9. 선고 2005도1732 판결 등 참조).

기록에 의하면, 앞서 살펴 본 것처럼 피고인 1과 공소외 4가 상호 협의하에 이 사건 전환사채에 대한 공소외 3 주식회사측의 조기상환 요구를 유도함으로써 위 피고인측이 이를 인수할 수 있도록 한 것으로 본 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이러한 사실관계와 앞서 본 법리에 비추어 보면, 위 피고인이 공소외 4에게 거액의 금품을 제공하는 대가로 위 전환사채의 조기상환 및 인수가 이루어질 수 있도록 부탁한 행위는 사회상규 및 신의칙에 반하는 부정한 청탁을 하면서 금품을 공여한 경우에 해당한다고 볼 수 있으며, 상고이유에서 들고 있는 것처럼 위 피고인으로서는 이 사건 A&D의 성사에 필요한 위 전환사채의 상환문제 해결을 위해 공소외 4의 금품요구를 거절하기 어려웠다는 사정만으로는 위 피

고인에게 적법행위의 기대가능성이 없었다고 보기 어렵다. 같은 취지에서 이 사건 배임증재의 범죄사실을 유죄로 본 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 배임증재에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이며, 위 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결, 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결 등 참조).

원심의 채택 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인 2가 그 판시와 같이 원심 공동피고인, 1로부터 이 사건 내부정보를 수령하여 전환사채를 인수함에 있어서 위 피고인과 그들 사이에 순차적, 암묵적인 의사의 결합에 의한 공모관계가 성립하였다고 볼 수 있다 할 것이므로 같은 취지의 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 없다.

3. 피고인 권00 상고이유에 대하여

증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고, 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매에 끌어들이려는 목적으로서 이는 별개의 목적이 동시에 존재하거나 그 중 어느 목적이 주된 것인가를 문제삼지 않고, 목적에 대한 인식의 정도도 미필적 인식으로 충분하며, 한편 위 조항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것일 뿐 그로 인하여 실제로 시세가 변동될 필요까지는 없고, 일련의 행위가 이어진 경우에는 전체적으로 그 행위로 인하여 시세를 변동시킬 가능성이 있으면 충분한데, 이상의 각 요건에 해당하는지 여부는 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성과 공정성, 가장 혹은 허위매매 여부, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관리 등 거래의 동기와 태양 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 이를 판단할 수 있다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결, 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결, 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결 등 참조).

원심이 그 채택 증거를 종합하여 인정한 판시 각 사실관계와 기록에 나타나는 바와 같이 이

사건 매매거래의 대상이 된 공소외 1 주식회사주식의 전체 발행 및 유통 주수, 위 피고인이 공소외 1 주식회사의 주식을 매수하여 처분하기까지 4일간 실제 거래의 체결 없이 행한 총 1,000만 주 이상의 매수주문량과 그 액수, 약 30%에 이르는 시세관여율, 장중의 매수·매도주문량 및 계속적인 상한가 장세에 비추어 실제로 거래가 체결될 가능성이 없음을 알면서도 총 14회에 걸쳐 합계 8,944,306주를 상한가에 매수주문하였다가 그 직후 대부분의 매수주문에 대한 취소를 반복하는가 하면 마감시간 직전에 총 6회에 걸쳐 합계 1,312,945주를 상한가로 매수주문하는 등 사실상 대량의 허수매수주문과 종가관리를 통해 매수잔량 혹은 매수주문량의 변동을 심화시킨 점 등의 제반 사정을 종합하면, 위 피고인의 공소사실 기재 각 행위는 증권거래법 제188조의4 제2항 제1호 소정의 시세조종에 의한 증권거래법 위반의 범행에 해당한다고 볼 수 있으므로, 같은 취지에서 위 피고인에게 유죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지한 원심의 조치는 정당하고, 상고이유에서 들고 있는 사정만으로는 이와 달리 보기 어려우며, 달리 이 부분 원심 판단에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배, 심리미진, 법리오해 등의 위법이 없다.

4. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 양승태(재판장) 강신욱(주심) 고현철 김지형

□ 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000도90 판결

【판시사항】

[1] 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령과는 다른 기회에 미공개 내부정보를 다시 전달받은 제2차 정보수령자 이후의 사람이 유가증권의 매매 기타의 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하거나 다른 사람에게 이용하게 하는 경우, 증권거래법 제188조의2 제1항의 위반 여부(소극)

[2] 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령 후에 미공개 내부정보를 전달받아 이용한 경우, 제2차 정보수령자를 제1차 정보수령자의 증권거래법 제188조의2 제1항 위반죄의 공동정범으로 처벌할 수 있는지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의2 제1항은 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수령자가 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하는 행위만을 금지하고 있을 뿐 제1차 정보수령자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제2차 정보수령자 이후의 사람이 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하는 행위를 금지하지는 아니하므로 결국 증권거래법 제188조의2 제1항, 제207조의2 제1호는 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수령자가 유가증권의 매매 기타의 거래에 관련하여 당해 정보를

이용하거나 다른 사람에게 이를 이용하게 하는 행위만을 처벌할 뿐이고, 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령과는 다른 기회에 미공개 내부정보를 다시 전달받은 제2차 정보수령자 이후의 사람이 유가증권의 매매 기타의 거래와 관련하여 전달받은 당해 정보를 이용하거나 다른 사람에게 이용하게 하는 행위는 그 규정조항에 의하여는 처벌되지 않는 취지라고 판단된다.

[2] 증권거래법 제188조의2 제1항의 금지행위 중의 하나인 내부자로부터 미공개 내부정보를 수령한 제1차 정보수령자가 다른 사람에게 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하게 하는 행위에 있어서는 제1차 정보수령자로부터 당해 정보를 전달받는 제2차 정보수령자의 존재가 반드시 필요하고, 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자와의 의사 합치하에 그로부터 미공개 내부정보를 전달받아 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하는 행위가 당연히 예상되는바, 그와 같이 제1차 정보수령자가 미공개 내부정보를 다른 사람에게 이용하게 하는 증권거래법 제188조의2 제1항 위반죄가 성립하는데 당연히 예상될 뿐만 아니라, 그 범죄의 성립에 없어서는 아니되는 제2차 정보수령자의 그와 같은 관여행위에 관하여 이를 처벌하는 규정이 없는 이상 그 입법취지에 비추어 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령 후에 미공개 내부정보를 전달받아 이용한 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사, 방조에 해당된다고 하더라도 제2차 정보수령자를 제1차 정보수령자의 공범으로서 처벌할 수는 없다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의2 제1항,제207조의2 제1호/ [2]증권거래법 제188조의2 제1항,제207조의2 제1호,형법 제30조

【참조판례】
[2]대법원 1985. 3. 12. 선고 84도2747 판결(공1985, 580),대법원 1988. 4. 25. 선고 87도2451 판결(공1988, 928),대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결(공2002상, 440)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 태평양 담당변호사 가재환 외 3인
【원심판결】 서울지법 1999. 12. 15. 선고 99노8915 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

1. 공소사실의 요지

피고인은 형이자 중앙일보 기자인 제1심 제1심 공동피고인과 사이에 제1심 공동피고인이 취재 및 기사작성 과정에서 알게 된 상장기업의 미공개정보를 언론에 보도되기 전에 피고인에게 알려주면 이를 이용하여 주식을 저가로 매수한 후 고가에 매도함으로써 이익을 취득하기로 공모하고, 1998. 8. 17. 제1심 공동피고인은 주식회사 신동방의 홍보이사 김00이 중앙일보사에 취재요청과 함께 모사전송한 보도자료 등을 통하여 상장법인인 주식회사 신동방에서 그 다음날 무세제 세탁장치를 개발하여 시연회를 한다는 사실을 알게 되자 그 기사가 보도되기 전인 그 날 22:00쯤 피고인에게 전화를 걸어 그 사실을 알려주고 피고인은 그 다음날 주식회사 신동방의 주식 34,280주를 매수하였다가 그 후 무세제 세탁장치 개발사실이 언론에 보도되어 주가가 급상승한 후인 그 달 20일부터 그 해 9. 8.까지 매수한 주식을 주당 15,450원 내지 21,000원에 매도하여 464,445,950원의 매매차익을 취득함으로써, 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 김00로부터 받고 주식회사 신동방이 발행한 주식의 매매와 관련하여 다른 사람으로 하여금 그 정보를 이용하게 하였다.

2. 원심의 판단

원심은, 증권거래법(아래에서는 '법'이라고 한다) 제188조의2 제1항 위반의 죄는 '내부자 또는 준내부자로서 직무와 관련하여 법인의 미공개정보를 알게 된 자' 또는 '이들로부터 당해 정보를 수령한 자'라는 신분을 구성요건으로 하는 일종의 진정신분범이라고 할 것이지만 형법 제33조에 의하여 법 제188조의2 제1항에서 정한 신분이 없는 자라도 그러한 신분있는 자의 범행에 관하여 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합이 이루어지면 그와 같은 신분관계가 없다 하더라도 법 제188조의2 제1항 위반죄로 처벌할 수 있다고 보아 피고인에 대한 증권거래법위반죄를 유죄로 인정한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

3. 이 법원의 판단

법 제188조의2 제1항은 상장법인 또는 협회등록법인 및 그 임직원, 대리인, 주요주주, 당해 법인에 대하여 법령에 의한 허가·인가·지도·감독 기타의 권한을 가지는 자, 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자(이에 해당하지 아니하게 된 날로부터 1년이 경과되지 아니한 자를 포함한다. 아래에서는 내부자라고 한다)로서 당해 법인의 업무 등과 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 직무와 관련하여 알게 된 자와 이들로부터 당해 정보를 받은 자(아래에서는 제1차 정보수령자라고 하고 그로부터 그 정보를 받은 자를 제2차 정보수령자라고 한다)는 당해 법인이 발행한 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나, 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하지 못한다고 규정하고 있고, 법 제207조의2 제1호는 법 제188조의2 제1항을 위반한 경우에는 10년 이하의 징역이나 2천만 원 이하의 벌금에 처하되, 그 위반행위로 인하여 얻은 이득 또는 회피한 손실액의 3배액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 손실 회피액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다.

그와 같이 법 제188조의2 제1항은 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수

령자가 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하는 행위만을 금지하고 있을 뿐 제1차 정보수령자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제2차 정보수령자 이후의 사람이 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하는 행위를 금지하지는 아니하므로 결국 법 제188조의2 제1항, 제207조의2 제1호는 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수령자가 유가증권의 매매 기타의 거래에 관련하여 당해 정보를 이용하거나 다른 사람에게 이를 이용하게 하는 행위만을 처벌할 뿐이고, 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령과는 다른 기회에 미공개 내부정보를 다시 전달받은 제2차 정보수령자 이후의 사람이 유가증권의 매매 기타의 거래와 관련하여 전달받은 당해 정보를 이용하거나 다른 사람에게 이용하게 하는 행위는 그 규정조항에 의하여는 처벌되지 않는 취지라고 판단된다.

이는 법에서 내부자가 미공개 내부정보를 이용하여 유가증권의 매매 기타의 거래를 하는 것만을 금지할 경우 내부자가 그 금지를 회피하여 탈법적으로 미공개 내부정보를 이용한 유가증권의 매매 기타의 거래를 하는 것을 막을 수 없으므로 내부자로부터 미공개 내부정보를 전달받아 이를 이용하여 유가증권의 매매 기타의 거래를 하는 것을 금지하여야 할 필요가 있으면서 한편으로는 미공개 내부정보는 정보의 성격상 전달과정에서 상당히 변질되어 단순한 소문 수준의 정보가 되기 마련이어서 미공개 내부정보의 이용에 대한 규제대상을 적절한 범위 내로 제한하여야 할 필요도 있으므로, 그 규정조항은 내부자로부터 직접 미공개 내부정보를 전달받은 제1차 정보수령자는 통상적으로 내부자와 특별한 관계가 있음을 고려하여 증권시장의 공정성 및 건전성에 대한 투자자의 신뢰를 확보한다는 관점에서 제1차 정보수령자가 내부자로부터 전달받은 미공개 내부정보를 이용하여 직접 유가증권의 매매 기타의 거래를 하거나 다른 사람으로 하여금 유가증권의 매매 기타의 거래와 관련하여 이를 이용하게 하는 행위를 처벌하기로 하는 한편 그 처벌범위가 불명확하게 되거나 법적안정성을 해치게 되는 것을 막기 위하여 제2차 정보수령자 이후의 정보수령자의 미공개 내부정보 이용행위를 그의 처벌범위에 넣지 않기로 한 것으로 봄이 죄형법정주의 원칙에 부응되기 때문이다.

그리고 법 제188조의2 제1항의 금지행위 중의 하나인 내부자로부터 미공개 내부정보를 수령한 제1차 정보수령자가 다른 사람에게 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하게 하는 행위에 있어서는 제1차 정보수령자로부터 당해 정보를 전달받는 제2차 정보수령자의 존재가 반드시 필요하고, 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자와의 의사 합치하에 그로부터 미공개 내부정보를 전달받아 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 당해 정보를 이용하는 행위가 당연히 예상되는바, 그와 같이 제1차 정보수령자가 미공개 내부정보를 다른 사람에게 이용하게 하는 법 제188조의2 제1항 위반죄가 성립하는데 당연히 예상될 뿐만 아니라, 그 범죄의 성립에 없어서는 아니되는 제2차 정보수령자의 그와 같은 관여행위에 관하여 이를 처벌하는 규정이 없는 이상 그 입법 취지에 비추어 제2차 정보수령자가 제1차 정보수령자로부터 제1차 정보수령 후에 미공개 내부정보를 전달받은 후에 이용한 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사, 방조에 해당된다고 하더라도 제2차 정보수령자를 제1차 정보수령자의 공범으로서 처벌할 수는 없다고 할 것이다.

2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 범죄에 있어서는 공범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고 따라서 상대방의 범행에 대하여 공범관계도 성립되지 아니하는

것으로 본 대법원 1985. 3. 12. 선고 84도2747 판결, 1988. 4. 25. 선고 87도2451 판결들의 취지가 이 사건에 참고될 것이다.

관련 조항의 취지가 위와 같으며, 법 제188조의2 제1항의 금지행위로는 그 정보를 직접 이용하는 행위와 다른 사람으로 하여금 이용하게 하는 행위가 있으니 원심으로서는 피고인에 대한 이 사건 공소사실을 석명하여 제1심 공동피고인이 제1차로 정보를 받은 단계에서 그 정보를 거래에 막바로 이용한 행위에 피고인이 공동가담하였다는 것인지 또는 제1심 공동피고인이 제1차로 받은 정보를 다른 사람인 피고인으로 하여금 제2차로 받게 한 뒤 이용하게 한 행위에 공동가담하였다는 것인지를 밝힌 다음 구분된 그 공소사실에 대응하여 심리·판단하는 것이 바람직하였다.

그럼에도 피고인에 대한 공소사실의 행위형태가 정확하게 석명, 심리되지 아니한 이 사건에서, 피고인이 제1차 정보수령자인 제1심 공동피고인으로부터 미공개 내부정보를 제1차 정보수령과 별개의 기회에 제2차로 수령한 후 이용한 행위를 들어 피고인을 제1심 공동피고인과 법 제188조의2 제1항 위반죄의 공동정범의 유죄로 인정한 원심판결에는 공소사실의 특정, 공동정범의 증명에 관한 심리를 다하지 아니하였거나 법 제188조의2 제1항 위반죄나 필요적 공범에 관한 법리를 오해함으로써 판결의 결과에 영향을 끼친 잘못이 있으므로 이를 지적하는 상고이유의 주장은 정당하기에 이 법원은 그 주장을 받아들인다.

4. 결 론

그러므로 피고인의 나머지 상고이유 주장에 대한 판단을 생략한 채 원심판결을 파기하고, 사건을 더욱 심리한 후 판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 관여 대법관들의 의견이 일치되어 주문에 쓴 바와 같이 판결한다.
대법관 강신욱(재판장) 조무제(주심) 유지담 손지열

□ 대법원 1999. 6. 11. 선고 98도3097 판결

【판시사항】

구 증권거래법 제188조의2의 개정으로 협회등록법인(장외등록법인)이 아닌 단순한 등록법인의 미공개 중요정보를 이용한 내부자거래가 처벌대상에서 제외된 것이 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지된 경우에 해당하는지 여부(적극)

【판결요지】

구 증권거래법 제188조의2가 1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되면서 등록법인이지만 아직 한국증권업협회에의 등록을 마치지 아니하여 장외등록법인 내지 협회등록법인에까지는 이르지 못한 회사의 미공개 중요정보를 이용한 내부자거래를 처벌의 대상에서 제외한 취지는 유가증권시장이나 협회중개시장을 통하여 주식 등의 유가증권이 공개적으로 거래되는 상장법인이나 협회등록법인(장외등록법인)의 경우와는 달리 단순한 등록법인의 경우에는 유가증권

의 발행이나 매매거래의 공정성 및 원활한 유통성의 확보나 투자자의 보호 차원에서 별다른 문제가 발생할 여지가 많지 않음에도 불구하고 이러한 경우까지 내부자거래의 규제 대상으로 삼은 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로 이는 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다.

【참조조문】

형법 제1조 제2항, 구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제1항, 제208조 제6호, 증권거래법 제188조의2 제1항,제207조의2

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 2인
【상고인】 검사
【변호인】 변호사 김영식 외 1인
【원심판결】 서울지법 1998. 8. 27. 선고 98노3312 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 공소사실의 요지

피고인들은 공소외 1 주식회사의 임원들로서 공소외 1 주식회사가 등록법인인 C회사로부터 의뢰받은 협회중개시장등록(장외시장등록) 및 전환사채에 대한 지급보증과 발행주선업무를 추진하던 중 C회사의 업무 등과 관련하여 알게 된 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용하여 1996. 11. 9. C회사가 발행한 전환사채를 청약하여 배정받는 데 이용하였다.

2. 관련규정 및 개정내용

구 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되어 1997. 4. 1.부터 시행되기 전의 것, 이하 "구 증권거래법"이라고만 한다) 제188조의2 [내부자거래의 금지] 제1항은 "다음 각 호의 1에 해당하는 자(제1호 내지 제5호의 1에 해당하지 아니하게 된 날부터 1년이 경과되지 아니한 자를 포함한다)로서 상장법인 또는 등록법인의 업무 등과 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 직무와 관련하여 알게 된 자와 이들로부터 당해 정보를 받은 자는 당해 법인이 발행한 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 그 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이를 이용하게 하지 못한다. 1. 당해 법인의 임원·직원·대리인, (제2호, 제3호

는 생략), 4. 당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자, 5. 제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 자의 대리인·사용인 기타 종업원(제2호 내지 제4호의 1에 해당하는 자가 법인인 경우에는 그 임원·직원 및 대리인)"이라고 규정함으로써 내부자의 거래를 금지하고 이에 위반하는 경우에는 제208조 제6호에 의하여 3년 이하 징역이나 2천만 원 이하의 벌금(이익이나 회피손실액의 3배가 2천만 원을 넘는 경우에는 그 금액)에 처하도록 규정하고 있었는데, 개정된 증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정되어 1997. 4. 1.부터 시행된 것, 이하 "개정된 증권거래법"이라 한다)에서는 위 제188조의2의 제목 중 "내부자거래"를 "미공개정보 이용행위"로, 그리고 제1항 본문 중 "등록법인"을 "협회등록법인"으로 개정하여 내부자거래의 금지대상을 축소시키는 한편 이에 대한 벌칙으로 구 증권거래법 제208조 제6호를 삭제하고 제207조의2를 신설하여 징역형의 상한을 10년으로 대폭 강화하였고, 한편 구 증권거래법 제3조는 "유가증권 발행의 공정과 기업의 공시를 위하여 다음 각 호의 1에 해당하는 발행인은 증권관리위원회에 등록하여야 한다. (단서 생략) 1. 유가증권시장에 유가증권을 상장하고자 하는 법인, 2. 유가증권시장에 상장되지 아니한 유가증권의 발행인(이하 "비상장법인"이라 한다)으로서 유가증권을 모집 또는 매출하고자 하는 법인, 3. 유가증권시장에 상장된 유가증권의 발행인(이하 "상장법인"이라 한다)과 비상장법인이 합병하고자 하는 경우의 그 비상장법인, 4. 제194조의 규정에 의한 장외거래에 의하여 당해 법인이 발행한 유가증권이 거래되도록 하고자 하는 비상장법인(이하 제5호, 제6호 생략)"이라고 정한 후 그에 따라 증권관리위원회에 등록된 법인을 "등록법인"이라고 규정하는 한편(제6조), 유가증권시장 외에서의 매매거래에 관한 사항은 장외거래로 분류한 후 그 구체적인 사항은 증권관리위원회에서 정하도록 하여(제194조) 그 위임을 받은 증권관리위원회에서는 "유가증권의장외거래에관한규정"을 마련하였는데, 위 규정에 의하면 등록법인 중에서도 한국증권업협회에 추가로 등록을 한 회사가 발행한 주식은 한국증권업협회의 구성원인 증권회사를 통하여 매매거래가 이루어지게 되었고, 위와 같이 한국증권업협회에 등록한 회사를 "장외등록법인"이라고 규정하였다가(위 규정 제2조 제3호, 제5호, 제3조 등 참조), 개정된 증권거래법은 대체로 위 구 증권거래법 제3조, 제6조와 같은 등록법인에 관한 규정을 존치하면서(다만, 일부 자구가 수정되었다) 제2조 제15항을 신설하여 "이 법에서 "협회등록법인"이라 함은 제172조의2의 규정에 의하여 협회에 등록한 법인을 말한다."고 규정하는 한편, 제172조의2에서는 "협회중개시장에서 대통령령이 정하는 유가증권이 거래되도록 하고자 하는 법인은 증권회사를 통하여 협회에 등록하여야 한다.", 제2조 제14항에서는 "이 법에서 "협회중개시장"이라 함은 대통령령이 정하는 유가증권의 매매거래의 중개를 위하여 …(중략)… 한국증권업협회(이하 "협회"라 한다)가 운영하는 시장을 말한다."고 각 규정함으로써 종래 유가증권의장외거래에관한규정에 의하여 정의되던 "장외시장"의 개념을 법률에 명확히 규정하면서 그 명칭을 "협회중개시장"으로 부르게 되었고, 개정된 증권거래법 부칙에 제188조의2와 이에 대한 벌칙규정의 개정과 관련된 경과규정이 없고 같은 부칙 제17조에 의하면 종전의 장외등록법인은 협회등록법인으로 보게 되었다.

3. 판 단

기록에 의하면 C회사가 증권관리위원회에 등록함으로써 증권거래법상의 등록법인이 된 것이 1996. 10. 23.이고, 다시 한국증권업협회에 등록함으로써 장외등록법인이 된 것은 1997. 3. 15.인 사실을 알아 볼 수 있는바, 이 사건 공소사실 기재피고인들의 각 행위는 그 행위 당시

인 1996. 11. 9.에는 구 증권거래법 제208조 제6호, 제188조의2 제1항 제4호, 제5호에 의하여 처벌받도록 규정되어 있었으나, 그 후 개정된 증권거래법에서는 C회사와 같이 등록법인이지만 아직 한국증권업협회에의 등록을 마치지 아니하여 장외등록법인 내지 협회등록법인에까지는 이르지 못한 회사의 미공개 중요정보를 이용한 내부자거래를 처벌의 대상에서 제외함으로써 피고인들의 위 행위는 개정된 증권거래법에 의하면 그 행위가 범죄를 구성하지 않게 법률규정이 변경되었고, 그 변경된 취지는 유가증권시장이나 협회중개시장을 통하여 주식 등의 유가증권이 공개적으로 거래되는 상장법인이나 협회등록법인(장외등록법인)의 경우와는 달리 단순한 등록법인의 경우에는 유가증권의 발행이나 매매거래의 공정성 및 원활한 유통성의 확보나 투자자의 보호 차원에서 별다른 문제가 발생할 여지가 많지 않음에도 불구하고 이러한 경우까지 내부자거래의 규제 대상으로 삼은 종전의 조치가 부당하다는 데에서 나온 반성적 조치라고 보아야 할 것이므로 이는 범죄 후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때에 해당한다고 할 것이다.

원심이 이러한 취지에서 이 사건 공소사실 기재 피고인들의 각 행위에 대하여 면소의 판결을 한 조치는 옳다고 여겨지고, 거기에 상고이유로 주장하는 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하기로 관여 법관들의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 조무제(재판장) 정귀호 김형선(주심) 이용훈

□ 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2827 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의2 제2항 소정의 '제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중'이란 표현의 취지

[2] 상장법인 등이 발행한 어음 또는 수표를 은행이 부도처리하기 전에 도저히 자금조달이 어려워 부도 처리될 것이 거의 확실시되는 사정이 증권거래법 제188조의2 제2항 소정의 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'에 해당하는지 여부(적극) 및 이 사실을 아는 당해법인의 주요주주 등이 그 정보를 공시하기 전에 이를 이용하여 보유주식을 매각한 경우, 증권거래법 제188조의2 제1항의 위반 여부(적극)

[3] 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 해당하는지 여부의 판단 기준

[4] 증권거래법 제207조의2에 의하여 같은 법 제188조의2 제1항을 위반한 자를 벌금형에 처하는 경우, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 구성요건의 일부가 되는지 여부(한정적극)

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의2 제1항은 일정한 자가 법인의 유가증권 거래와 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이용하게 하는 것을 금지하고 있고, 제2항은 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'라 함은 제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것으로서 당해 법인이 재정경제부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것을 말하는 것이라고 규정하고 있는바, 위 제2항에서 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'를 정의함에 있어 '제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중'이란 표현을 사용하고 있다고 하더라도 같은 법 제186조 제1항 및 제2항 등 관계 규정에 비추어 볼 때 이는 위 제186조 제1항 제1호 내지 제13호 소정의 사실들만을 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 중요한 정보에 해당하는 것으로 제한하고자 하는 취지에서가 아니라, 중요한 정보인지의 여부를 판단하는 기준인 '투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보'를 예시하기 위한 목적에서라고 보아야 한다.

[2] 증권거래법 제186조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 상장법인 등이 발행한 어음 또는 수표가 부도 처리되었을 때뿐만 아니라, 은행이 부도처리하기 전에 도저히 자금조달이 어려워 부도처리될 것이 거의 확실시되는 사정도 당해 법인의 경영에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사실로서 합리적인 투자자라면 누구든지 당해 법인의 주식의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 상당히 중요한 가치를 지니는 것으로 판단할 정보에 해당하는 것임이 분명하므로, 이러한 상황을 알고 있는 당해 법인의 주요주주 등이 그 정보를 공시하기 전에 이를 이용하여 보유주식을 매각하였다면 이는 미공개정보 이용행위를 금지하고 있는 같은 법 제188조의2 제1항을 위반하였다고 보지 않을 수 없다.

[3] 증권거래법 제188조의2 제2항은 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'를 '당해 법인이 재정경제부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것'이라고 규정하고 있으므로 어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 같은 법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위 금지의 대상이 되는 정보에 속한다.

[4] 증권거래법 제207조의2 단서에서는 미공개 내부정보의 이용행위를 금지하고 있는 같은 법 제188조의2 제1항을 위반한 자를 벌금형에 처하는 경우 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 금 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피 손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 금 2천만 원을 초과한다는 사실이 구성요건의 일부가 된다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제186조 제1항,제188조의2 제1항,제2항/ [2]증권거래법 제186조 제1항,제188조의2 제1항,제2항/ [3]증권거래법 제188조의2 제2항/ [4]증권거래법 제188조의2 제1항,제207조의2

【참조판례】
[1][3]대법원 1994. 4. 26. 선고 93도695 판결(공1994상, 1563),대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결(공1995하, 2676)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 변호사 이건웅 외 10인
【원심판결】 서울지법 2000. 6. 7. 선고 2000노3689 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

1. 원심은 제1심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하여, H주강 주식회사(이하 '한국주강'이라고 한다)의 주요주주인 공소외 주식회사(이하 '공소외 회사'라고 한다)의 대표이사로 근무하는 피고인이 위 H주강이 발행한 어음 등의 부도처리가 불가피한 사실을 알고 위 공소외 회사가 보유하고 있던 H주강의 주식을 1998. 4. 16.에서 같은 달 23일까지 매도(위 거래에 대한 결제가 이루어진 것은 위 매매체결일로부터 각 3일째인 같은 달 18일에서 같은 달 25일까지이다)한 사실과 피고인의 위 주식매매가 끝난 다음날인 같은 달 24일 H주강이 최종부도처리되어 공시된 사실을 인정한 다음, 위 H주강이 발행한 어음 등의 부도처리가 불가피하다는 사실은 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보이며, 이러한 사실을 잘 알고 있던 피고인이 위와 같이 한국주강이 발행한 주식을 매각하였다면 이는 유가증권의 매매와 관련하여 미공개정보를 이용한 행위에 해당한다고 판단하였다.

2.증권거래법(이하 '법'이라고만 한다) 제188조의2 제1항은 일정한 자가 법인의 유가증권 거래와 관련하여 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 이용하거나 다른 사람으로 하여금 이용하게 하는 것을 금지하고 있고, 제2항은 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'라 함은 제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중 투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 것으로서 당해 법인이 재정경제부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것을 말하는 것이라고 규정하고 있는바, 위 제2항에서 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'를 정의함에 있어 '제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실 등에 관한 정보 중'이란 표현을 사용하고 있다고 하더라도 법 제186조 제1항 및 제2항 등 관계 규정에 비추어 볼 때 이는 위 제186조 제1항 제1호 내지 제13호 소정의 사실들만을 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 중요한 정보에 해당하는 것으로 제한하고자 하는 취지에서가 아니라, 중요한 정보인지의 여부를 판단하는 기준인 '투자자의 투자판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보'를 예시하기 위한 목적에서라고 보아야 할 것

이고(대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결 참조), 따라서 법 제186조 제1항 제1호에서 규정하고 있는 상장법인 등이 발행한 어음 또는 수표가 부도처리 되었을 때뿐만 아니라, 은행이 부도처리하기 전에 도저히 자금조달이 어려워 부도처리 될 것이 거의 확실시되는 사정도 당해 법인의 경영에 중대한 영향을 미칠 수 있는 사실로서 합리적인 투자자라면 누구든지 당해 법인의 주식의 거래에 관한 의사를 결정함에 있어서 상당히 중요한 가치를 지니는 것으로 판단할 정보에 해당하는 것임이 분명하므로, 이러한 상황을 알고 있는 당해 법인의 주요주주 등이 그 정보를 공시하기 전에 이를 이용하여 보유주식을 매각하였다면 이는 미공개정보 이용행위를 금지하고 있는 법 제188조의2 제1항을 위반하였다고 보지 않을 수 없다(대법원 1994. 4. 26. 선고 93도695 판결 참조). 같은 취지에서 이 사건 범행 당시 상호 지급보증을 한 관련 회사들의 부도처리와 은행거래정지 등으로 인하여 H주강의 부도가 불가피하다는 사실이 바로 법 제188조의2 제2항 소정의 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'에 해당한다고 본 원심의 판단은 정당하고, 거기에 상고이유가 주장하는 바와 같이 공소사실 자체로 범죄가 되지 아니한 행위를 유죄로 인정하였다거나 범죄사실이 특정되지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

또 상장법인 등이 신고 또는 공시하여야 할 사항의 하나를 규정하고 있는 법 제186조 제1항 제13호에서 '제1호 내지 제12호 외에 법인의 경영·재산 등에 관하여 중대한 영향을 미칠 사항으로서 대통령이 정하는 사실이 발생한 때'라고 규정하고 있으나, 위 법 제186조 제1항의 각 호는 법 제188조의2 제2항 소정의 중요한 정보인지의 여부를 판단하는 기준인 '투자자의 판단에 중대한 영향을 미칠 수 있는 정보'를 예시하는 것에 지나지 아니한다고 함은 앞서 본 바와 같고 한편, 원심은 위와 같은 미공개정보가 바로 법 제188조의2 소정의 중요한 정보에 해당한다는 것이지 법 제186조 제1항 제13호를 들어 중요한 정보에 해당한다고 한 것이 아님은 분명하므로, 이와 달리 원심이 위 법 제186조 제1항 제13호를 적용하고 있음을 전제로 하여 그 처벌의 대상이 되는 행위의 구성요건 사실을 법률에서 명확히 규정하지 않고 대통령령에 위임함으로써 죄형법정주의 또는 헌법을 위반하였다는 취지의 상고이유는 받아들일 수 없다.

그리고 법 제188조의2 제2항은 '일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보'를 '당해 법인이 재정경제부령이 정하는 바에 따라 다수인으로 하여금 알 수 있도록 공개하기 전의 것'이라고 규정하고 있으므로 어떤 정보가 당해 법인의 의사에 의하여 재정경제부령이 정하는 바에 따라 공개되기까지는 그 정보는 여전히 미공개정보 이용행위금지의 대상이 되는 정보에 속한다고 할 것이므로(대법원 1995. 6. 29. 선고 95도467 판결 참조), H주강 스스로가 부도사실이 불가피하다는 사실을 공개한 사실이 없는 이상 비록 경제신문 등에서 그 유사한 내용으로 추측 보도된 사실이 있다고 하더라도 그러한 사실만으로 일반인에게 공개된 정보라고 할 수는 없다 할 것이다. 따라서 이 부분에 대한 상고이유도 받아들일 수 없다.

3. 한편 법 제207조의2 단서에서는 미공개 내부정보의 이용행위를 금지하고 있는 법 제188조의2 제1항을 위반한 자를 벌금형에 처하는 경우 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 금 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 금 2천만 원을 초과한다는 사실이 구성요건의

일부가 됨은 상고이유가 지적하는 바와 같다. 그러나 기록에 의하면 피고인이 이 사건 미공개정보를 이용하여 얻은 이득 또는 회피한 손실액이 금 2천만 원을 훨씬 상회하고 있음이 명백하므로(증권선물위원회가 관계 규정에 의하여 산정한 회피 손실액은 금 1,123,377,400원이다. 수사기록 16면), 비록 원심이 인용한 제1심 판결에 그러한 사실이 특정되지 아니한 잘못이 있다고 하더라도 이는 판결에 영향을 미친 것이라고 볼 수는 없다.

4. 그리고 관련 증거를 기록에 비추어 보면, 피고인이 스스로의 의사에 기하여 미공개정보를 이용하여 이 사건 주식을 매도한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 같은 취지의 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배 또는 증권거래법상 이용이 금지된 이용행위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 윤재식(재판장) 송진훈 이규홍 손지열(주심)

Ⅱ.시세조종금지위반

□ 대법원 2006.4.14. 선고 2003도6759 판결

【판시사항】

[1] 유가증권의 불공정 거래행위를 포괄적으로 금지하는 구 증권거래법 제188조의4 제4항의 규정이 비상장·비등록 유가증권의 장외시장에서의 직접·대면거래에도 적용되는지 여부(적극)

[2] 구 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호 위반죄가 성립하기 위하여 '허위·부실 표시 문서 이용행위'와 '타인의 오해' 사이에 인과관계가 있어야 하는지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항은 같은 조 제1항 내지 제3항에 대한 일반규정으로서 '유가증권의 매매 기타 거래'와 관련하여 소정의 불공정행위를 포괄적으로 금지하고 있을 뿐, 같은 조 제1항 내지 제3항과 같이 거래 객체를 '상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권'으로 한정하거나 거래장소를 '유가증권시장 또는 협회중개시장'으로 제한하고 있지 않으므로, 위 조항은 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권은 물론 같은 법 제2조 제1항 각 호와 제2항이 정의한 유가증권에 포함되는 모든 유가증권의 매매 기타 거래에 적용되며, 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 거래는 물론 장외시장에서의 직접·대면거래에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다.

[2] 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항 제2호는 원래 "중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 취득하는 것"이라는 결과범 형식으로 규정되어 있던 것을 1997. 1. 13. 개정(법률 제5254호)시 "중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위"라는 목적범 형식으로 바꾼 것인바, 그 문언의 해석상 일단 '타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻기 위하여' 중요한 사항에 관한 허위·부실 표시 문서를 이용한 이상 그로써 바로 위 조항 위반죄가 성립하는 것이고, 문서 이용행위로 인하여 실제 '타인에게 오해를 유발'하거나 '금전 기타 재산상의 이익을 얻을 것'을 요하지 않으므로, 허위·부실 표시 문서 이용행위와 타인의 오해 사이의 인과관계 여부는 위 죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다.

【참조조문】

[1] 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항/
[2] 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항 제2호

【참조판례】
[1] 대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4561 판결

【전 문】

【피 고 인】 피고인
【상 고 인】 피고인
【원심판결】 서울중앙지법 2003. 10. 22. 선고 2002노8457 판결

【주 문】

상고를 기각한다.

【이 유】

상고이유를 판단한다.

1. 구 증권거래법(2004. 1. 29. 법률 제7114호로 개정되기 전의 것. 아래에서는 '구 법'이라고 함) 제188조의4 제4항은 같은 조 제1항 내지 제3항에 대한 일반규정으로서 '유가증권의 매매 기타 거래'와 관련하여 소정의 불공정행위를 포괄적으로 금지하고 있을 뿐, 같은 조 제1항 내지 제3항과 같이 거래객체를 '상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권'으로 한정하거나 거래장소를 '유가증권시장 또는 협회중개시장'으로 제한하고 있지 않으므로, 위 조항은 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권은 물론 구 법 제2조 제1항 각 호와 제2항이 정의한 유가증권에 포함되는 모든 유가증권의 매매 기타 거래에 적용되며, 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 거래는 물론 장외시장에서의 직접·대면거래에 대하여도 마찬가지로 적용된다고 봄이 상당하다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2002도4561 판결 참조).

같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위 조항의 적용 범위에 관한 법리오해의 위법은 없다. 상고이유에서 지적하는 판결들에서 언급한 '증권시장'은 장외시장을 포함하여 널리 증권거래가 이루어지는 곳을 지칭하는 것이고, 위 판결들이 구 법 제188조의4 제4항의 적용 범위가 다수 투자자의 경쟁매매가 이루어지는 경우로 제한된다고 판시한 것이 아님은 그 판시 내용에 비추어 분명하므로 이 사건에서 원용할 바가 못 된다. 상고이유는 받아들이지 않는다.

2. 구 법 제188조의4 제4항 제2호는 원래 "중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필

요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 취득하는 것"이라는 결과범 형식으로 규정되어 있던 것을 1997. 1. 13. 개정(법률 제5254호)시 "중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하거나 필요한 사실의 표시가 누락된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위"라는 목적범 형식으로 바꾼 것인바, 그 문언의 해석상 일단 '타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻기 위하여' 중요한 사항에 관한 허위·부실 표시 문서를 이용한 이상 그로써 바로 위 조항 위반죄가 성립하는 것이고, 문서 이용행위로 인하여 실제 '타인에게 오해를 유발'하거나 '금전 기타 재산상의 이익을 얻을 것'을 요하지 않는 것이다. 따라서 허위·부실 표시 문서 이용행위와 타인의 오해 사이의 인과관계 여부는 위 죄의 성립에 아무런 영향을 미치지 않는다.

더구나 기록에 의하면, 이 사건 각 문서는 주식회사 대한투자신탁측에서 이 사건 주식을 매수할 것인지 여부를 최종적으로 결정하기 전에 전달되어 주식회사 (회사명 생략)의 경영 상태와 장래 사업 전망에 대한 주식회사 대한투자신탁측의 평가에 영향을 미쳤음이 인정되므로, 이 사건 각 문서 이용행위와 대한투자신탁측의 오해 사이의 인과관계도 인정된다.

원심이 같은 취지에서 피고인에게 구 법 제188조의4 제4항 제2호 위반행위의 죄책을 인정한 것은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위 조항의 구성요건의 해석에 관한 법리오해나 채증법칙 위배의 위법은 없다.

3. 그러므로 상고를 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 손지열(재판장) 이강국 김용담 박시환(주심)

□ 대법원 2005. 11. 10. 선고 2004도1164 판결

【판시사항】

[1] 공소사실의 특정 정도

[2] 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 통정 및 가장매매행위, 고가매수주문 및 허위매수주문행위 등의 불공정거래행위를 반복한 경우의 죄수 (=포괄일죄)

[3] 공모관계의 성립요건 및 그 인정방법

[4] 구 증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위한 주관적 요건인 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'의 의미

[5] 구 증권거래법 제188조의4 제2항에 정한 '매매거래를 유인할 목적' 및 같은 항 제1호에 정한 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시

키는 매매거래'의 의미 및 이에 해당하는지 여부의 판단 기준

【판결요지】

[1] 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 그로써 범죄사실은 특정된 것으로 보아야 한다.

[2] 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제1항 제1호 내지 제3호 소정의 통정 및 가장매매행위, 제2항 제1호 소정의 고가매수주문 및 허수매수주문행위 등의 불공정거래행위를 반복한 경우, 위 각 행위는 모두 포괄하여 같은 법 제207조의2 제2호, 제188조의4 소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄를 구성한다.

[3] 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이고, 이와 같은 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다.

[4] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이 있어야 하는데, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등은 문제가 되지 아니한다.

[5] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, 그 제1호 소정

의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

【참조조문】

[1]형사소송법 제254조 제4항/ [2]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4,제207조의2 제2호(현행 제207조의2 제1항 제2호참조)형법 제30조/ [4]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제1항/ [5]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제2항

【참조판례】
[1]대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결(공1999하, 2559),대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결(공2002하, 2778),대법원 2005. 1. 14. 선고 2004도6646 판결(공2005상, 347)/[2]대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100)/[3]대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결(공2002하, 1890)/[3][5]대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결(공2004상, 747)/[4]대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결(공2002상, 222)/[5]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 화우 담당변호사 김용주 외 2인
【원심판결】 서울중앙지법 2004. 2. 11. 선고 2003노5526 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

1. 상고이유 제1점에 대하여

공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시, 장소, 방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어의 범위를 특정하여 그 방어

권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시, 장소, 방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고, 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 그로써 범죄사실은 특정된 것으로 보아야 할 것이다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결, 2002. 10. 11. 선고 2002도2939 판결, 2005. 1. 14. 선고 2004도6646 판결 등 참조). 그리고 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제188조의4 제1항 제1호 내지 제3호 소정의 통정 및 가장매매행위, 제2항 제1호 소정의 고가매수주문 및 허수매수주문 행위 등의 불공정거래행위를 반복한 경우, 위 각 행위는 모두 포괄하여 증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4 소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄를 구성한다고 할 것이다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결 등 참조).

위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 시세조종 등 불공정거래행위에 관한 이 사건 증권거래법위반 공소사실은 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 범행횟수와 거래 주식수 등이 명시되어 있어 공소사실은 특정되었다고 할 것이고, 거래의 주체였던 피고인으로서는 그 누구보다도 이러한 거래내역을 잘 알고 있었다고 할 것이므로, 비록 불공정거래행위의 유형별로 해당 거래일자와 거래 주식수 등을 일일이 특정하지 않았다고 하더라도 심판의 대상이 불분명해진다거나 피고인에게 방어의 어려움을 초래한다고 볼 수는 없다 할 것이어서, 원심판결에 공소사실의 특정에 관한 법령위반의 잘못이 있다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여

2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이고, 이와 같은 공모에 대하여는 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있는 것이다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결, 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결 등 참조).

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 증거로 제출된 바 없는 경찰에서의 공소외인에 대한 피의자신문조서의 기재 내용을 취신하여 피고인과 공소외인의 공모관계를 인정하는 듯한 표현을 한 것은 잘못이라고 할 것이나 위 증거를 제외하더라도 원심이 취신한 나머지 증거들에 의하면, 피고인이 공소외인과 공모하여 공소외인이 시세조종 등 불공정거래행위를 한 사실을 인정할 수 있으므로, 같은 취지의 원심의 증거취사와 사실인정은 수긍할 수 있고, 거기에 상

고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 공동정범에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.

3. 상고이유 제3점에 대하여

증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이 있어야 하는데, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등은 문제가 되지 아니한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결 참조). 그리고 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, 그 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 하는 것이다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결, 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결 등 참조).

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 이 사건 주식은 별다른 가격상승 요인이 없었던 점, 피고인은 위 공소외인과 이 사건 주식의 시세조종을 공모한 뒤 그 기회를 이용하여 독자적으로 불공정거래행위를 하였던 점, 피고인이 취득한 이 사건 주식의 총수량과 발행량 및 유통량 대비 비율과 위 주식의 가격상승률, 피고인이 이 사건 주식 거래에 투자한 금액과 이로 인한 이득액의 규모, 종전 및 당시의 거래상황 등 제반 사정을 종합하여 보면, 위 공소사실은 범죄의 증명이 충분하다고 판단하였는바, 위 법리를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 증거취사와 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배나 증권거래법상 시세조종행위에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 상고이유 제4점에 대하여

기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용 증거들에 의하여 피고인에 대한 주식 대량보유상황의 보고의무위반에 관한 판시의 범죄사실을 유죄로 인정한 조치는 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 채증법칙 위배나 증권거래법 제200조의2 제1항에 관한 법리오해 등의 위법이 있다는 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

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

다.
대법관 김용담(재판장) 배기원 이강국(주심)

□ 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도7192 판결

【판시사항】

[1] 구 증권거래법 제207조의2 제2호 단서에서 정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 산정방법

[2] 시세조종행위로 얻은 총 이익액을 과다 산정하여 이를 벌금액의 양정의 기초로 삼은 원심판결을 파기한 사례

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 변호사 이덕선
【원심판결】 서울지법 2003. 11. 5. 선고 2003노7844 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

1. 상고이유 제1점에 대하여 본다.

원심판결과 원심이 유지한 제1심판결의 채택증거를 기록에 비추어 살펴보면, 피고인이 2001. 7. 3. 주식 220만주를 공모하여 A 주식회사를 코스닥에 상장하고 난 후 주가가 하락하자 피고인이 차명한 증권회사의 10개 계좌를 이용하여 위 A 주식회사의 주식(이하 '이 사건 주식'이라고 한다)에 대하여 시세조종 주문을 내어 시세를 상승시키기 위하여, 2001. 8. 23.부터 2002. 1. 7.까지 사이에 고가매수 혹은 가장매매 등의 방법을 동원하여 위 각 차명계좌를 통하여 거래한 이 사건 주식의 총 매수량은 4,002,793주, 총 매도량은 2,962,560주에 이른다고 본 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍되고(다만, 원심판결의 별지 시세차익표 중 시세조종기간을 뜻하는 '2001. 7. 26. - 2002. 4. 9.'의 기재는 기록상 '2001. 8. 23. - 2002. 1. 7.'의 오기임이 분명하다), 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 판결 결과에 영향을 미치는 심리미진 혹은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 상고이유 제2점에 대하여 본다.

구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호는 같은 법 제188조의4의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 하면서 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과할 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있는바, 위 단서에서 정하고 있는 "위반행위로 얻은 이익 "이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 "손실액"에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이득 즉, 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말한다 할 것이므로, 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 및 그 거래비용을 공제한 나머지 순 매매이익을 의미한다 할 것이고, 그와 같은 이익의 산정에 있어서는 시세조종행위 개시 후 종료시점까지의 구체적 거래로 인한 이익 및 시세조종행위 종료 시점 당시 보유 중이던 시세조종 대상 주식의 평가이익 등이 모두 포함되어야 할 것이다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결 등 참조).

그런데 원심은, 피고인이 2001. 8. 23.부터 2002. 1. 7.까지의 이 사건 시세조종기간 중 그 판시 시세조종행위로 얻은 이익액을 산정함에 있어서 위 시세조종행위 종료시점까지 매도하지 않고 보유 중이던 이 사건 주식 1,040,233주의 평가액을 제외하고 계산하는 방법으로 판시 시세차익표의 '미매도주식 제외 총 시세차익란' 기재와 같이 총 이익액을 474,753,021원으로 산출한 다음 위와 같이 산출한 총 이익액을 피고인에 대한 양형사유의 일부로 삼는다고 설시함으로써 주식의 시세조종행위로 인한 이익액 산정에 관한 법리오해의 잘못을 범하였다 할 것이고(상고이유 중 위 미매도주식의 평가액을 감안하지 않고서 단순히 총 매도금액에서 총 매수금액과 거래비용을 공제한 차액을 그 이익액으로 보아야 한다는 주장 역시 위와 같은 이유에서 받아들일 수 없다), 한편, 위 시세조종행위 종료시점인 2002. 1. 7.경 이 사건 주식의 종가가 주당 5,500원(매수단가 5,742원보다 단가가 떨어져 오히려 손실이 발생하였다. 수사기록 487면 참조)임을 감안하여 이 사건 범행으로 취득한 피고인의 총 이익액을 계산하면 판시 시세차익표의 '미매도주식의 종가 매도 기준 총 시세차익란' 기재와 같이 합계 222,119,741원 상당임을 알 수 있는바, 이 사건 주식 시세조종행위에 기한 벌금형의 상한으로 구 증권거래법 제207조의2 단서에서 규정하고 있는 이익 또는 회피한 손실액의 3배가 되는 금액은 피고인에 대한 형을 정함에 있어 기준이 되는 중요한 요소로서 원심이 선고한 벌금 3억 원의 형은 그 법정형의 범위 내이기는 하지만 위와 같은 이익액의 과다 산정이 피고인에 대한 벌금액의 양정에 영향을 미치지 아니하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라 원심판결이 그 양형의 이유에서 위와 같이 피고인에게 불리하게 잘못 산정한 총 이익액을 피고인에 대한 양형의 기초로 삼는다고 적시까지 하고 있는 이상 원심의 위 법리오해의 위법은 그 판결 결과에 영향을 미친 경우에 해당하여 파기를 면할 수 없다 할 것이니, 이 점을 지적하는 취지가 포함된 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결 론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박재윤(재판장) 이용우(주심) 이규홍 양승태

□ 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도8651 판결

【판시사항】

[1] 사기죄에 있어서 편취범의에 대한 판단 기준

[2] 특정 주식의 시세조종과정에서 단기간에 주가를 목표가격대로 상승시키기 위해서 증권회사로부터 금원을 차용하여 대량의 주식을 미수 매수한 경우, 위 미수대금 상당액에 대한 사기죄의 성립을 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례

[3] 상고심에서 상고이유가 없다고 판단하였으나 경합범 관계에 있는 다른 범죄부분으로 인하여 유죄부분 전부가 파기되어 환송 후 원심이 다시 경합범으로 형을 정한 경우, 피고인이 종전 상고심에서 상고이유가 배척된 부분에 대하여 다시 상고이유를 주장할 수 있는지 여부(소극)

[4] 포괄일죄인 시세조종행위가 개정 증권거래법 시행 전후에 걸쳐 있는 경우, 적용법률

[5] 포괄일죄인 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 범행이 개정 증권거래법 시행 전후에 걸쳐 있는 경우, 적용법률의 기준이 되는 위반행위로 얻은 이익의 산정방법

【판결요지】

[1] 사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다.

[2] 특정 주식의 시세조종과정에서 단기간에 주가를 목표가격대로 상승시키기 위해서 증권회사로부터 금원을 차용하여 대량의 주식을 미수 매수한 경우, 위 미수대금 상당액에 대한 사기죄의 성립을 인정한 원심의 판단을 수긍한 사례.

[3] 상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이 부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다툴 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다고 할 것이므로, 피고인으로서는 더 이상 이 부분에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 할 것이며, 비록 환송 후 원심이 이 부분 범죄사실에 대하여 일부 증거조사를 한 바 있다 하더라도 이는 의미 없는 것에 지나지 않는다.

[4] 포괄일죄인 시세조종행위가 증권거래법 개정 법률 시행 전후에 걸쳐 있는 경우, 증권거래법 시행 이후의 범행으로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 같은 법 제207조의2 제

2항 소정의 구성요건을 충족하는 때에는 같은 법 제207조의2 제2항을 적용하여 처벌할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 법률불소급의 원칙상 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2를 적용하여 처벌하여야 한다.

[5] 증권거래법 개정 법률 시행 이후에 시세조종행위에 동원된 주식을 매도함으로 인하여 발생한 이익은 그 매수시기에 상관없이 모두 증권거래법 시행 이후의 '위반행위로 얻은 이익'에 포함된다고 평가한다면, 증권거래법 시행 이전에 시세조종행위가 시작되어 시행 이후까지 계속하여 주가가 상승하고 있는 경우, 증권거래법 시행 이전에 매수하였으나 증권거래법 시행 당시 매도하지 않고 보유하고 있는 주식에 대하여도 증권거래법 시행 이전에 이미 발생한 주가 상승으로 인한 평가이익까지 모두 증권거래법 시행 이후 발생한 이익으로 산정하게 됨으로써, 이익액을 기준으로 가중처벌 규정을 두고 있는 증권거래법의 적용에 있어 피고인에게 불이익한 결과를 초래하게 되어 부당하고, 따라서 시세조종행위에 동원된 주식 중 증권거래법 시행 이전에 매수 및 매도가 모두 이루어져 구체적으로 발생한 이익(실현이익)은 물론 증권거래법 시행 이전에 매수하였으나 증권거래법 시행 당시 매도하지 않고 보유하고 있는 주식의 평가이익(미실현이익)까지도 증권거래법 시행 이전의 이익으로 봄이 상당하다.

【참조조문】

[1]형법 제347조/ [2]형법 제347조/ [3]형사소송법 제397조/ [4]증권거래법 제207조의2 제2항,구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2/ [5]증권거래법 제207조의2 제2항

【참조판례】
[1]대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결(공1996하, 1959),대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결,대법원 2004. 12. 10. 선고 2004도3515 판결(공2005상, 155)/[3]대법원 2001. 4. 10. 선고 2001도265 판결(공2001상, 1175),대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도3062 판결/[4]대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결(공1986, 1153),대법원 1990. 2. 23. 선고 89도1935 판결(공1990, 826)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 에스앤피 담당변호사 신광옥 외 9인
【환송판결】 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1465 판결
【원심판결】 서울고법 2004. 11. 26. 선고 2004노1387, 1291 판결

【주문】

원심판결 중 피고인에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 피해자 교보증권 주식회사에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대하여

사기죄의 주관적 구성요건인 편취의 범의는 피고인이 자백하지 않는 이상 범행 전후의 피고인 등의 재력, 환경, 범행의 경위와 내용, 거래의 이행과정 등과 같은 객관적인 사정 등을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 1996. 5. 14. 선고 96도481 판결, 2002. 6. 28. 선고 2002도1376 판결 등 참조).

원심은, 그 채용 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인은 원심 공동피고인들과 함께 시세조종행위를 통하여 주식회사 A(이하 'A'이라 한다) 주식의 시세를 계속해서 상승시켜 왔으므로, 겉으로 드러난 주식 시세만을 가지고 충분한 담보를 제공하였다고 할 수 없는 점, 실제로 A 주식의 종가는 2002. 2. 15.에는 880원, 3. 8.에는 1,025원, 4. 23.에는 1,510원, 7. 29.에는 4,300원, 9. 12.에는 5,330원, 9. 19.에는 6,000원, 9. 26.에는 6,840원, 9. 30.에는 7,770원, 이 사건 미수 거래 무렵인 2002. 10. 4.에는 9,200원으로 계속 상승하다가, 2002. 10. 7.에 하한가인 7,820원을 시작으로 계속하여 12 영업일 연속 하한가를 기록, 2002. 10. 22.에는 1,330원까지 떨어진 점, 피고인은 시세조종행위 종료시한인 2002. 9. 말이 다가오는데도 A 주식의 시세가 목표가격대인 8,000원에 미치지 못하자 단기간에 시세를 목표가격대로 상승시키기 위해서는 미수 거래가 특히 필요할 것으로 판단하여 2002. 9. 24.부터 같은 해 10. 9.까지 6개 증권사의 8개 점포에 있는 10개의 계좌를 이용하여 무려 215억 원 상당이나 미수 거래를 발생시킨 점, 이후 반대매매를 통하여 일부 변제되기는 하였으나 2002. 10. 말 기준으로 이 사건 피해자 교보증권 주식회사(이하 '교보증권'이라 한다)에 대한 피해금액을 포함하여 82억 원 정도의 미수금이 남아 있는 점, 미수 거래의 경우 주식 매매체결일 이후 두 번째 영업일까지 매매대금을 모두 납입하여야 하고, 피고인의 재산은 전세보증금 8,000만 원이 전부인 점 등에 비추어, 피고인이 피해자 교보증권으로부터 36억 6,000만 원 상당을 차용하여 A 주식 450,630주를 매수할 당시 주식을 미수 매수하더라도 3일 이내에 이를 매도하는 등의 방법으로 주식대금을 결제할 의사나 능력이 없었다고 판단된다는 이유로, 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 피해자 교보증권에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점을 무죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 이 부분 범죄사실을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 옳고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 사기죄의 성립에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피해자 박상준에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대하여

기록에 의하면, 환송 전 원심은 피고인에 대한 공소사실인 주식회사 부흥 및 A 주가조작행위로 인한 증권거래법위반의 점과 피해자 박상준에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률

위반(사기)의 점을 모두 유죄로 인정한 사실, 이에 대하여 피고인은 환송 전 원심판결 전부에 대하여 채증법칙 위배와 법리오해 등을 이유로 상고를 하였는데, 환송판결은 피고인의 상고이유 주장을 모두 배척하고, 다만 증권거래법위반의 범죄사실이 증권거래법 개정·시행 전후에 걸쳐 있어 시세조종행위로 인한 이득액을 증권거래법 개정·시행 전과 후로 구분하여 산정한 후 개정 증권거래법이 적용되는지 여부를 심리·판단하여야 한다는 이유로 직권파기하되, 증권거래법위반죄와 나머지 유죄 부분인 피해자 박상준에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었다는 점을 들어 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 전부 파기하여 원심법원에 환송한 사실, 이에 환송 후 원심은 피고인에 대한 공소사실 중 증권거래법위반의 점에 대하여 시세조종행위로 인한 이득액을 증권거래법 개정·시행 전후로 구분한 검사의 공소장변경신청을 허가하여 이를 유죄로 인정하는 한편, 피해자 박상준에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점도 함께 유죄로 인정하여 그 부분에 관하여 형을 새로이 정한 사실이 명백하다.

상고심에서 상고이유의 주장이 이유 없다고 판단되어 배척된 부분은 그 판결 선고와 동시에 확정력이 발생하여 이 부분에 대하여는 피고인은 더 이상 다툴 수 없고, 또한 환송받은 법원으로서도 이와 배치되는 판단을 할 수 없다고 할 것이므로, 피고인으로서는 더 이상 이 부분에 대한 주장을 상고이유로 삼을 수 없다고 할 것이며, 비록 환송 후 원심이 이 부분 범죄사실에 대하여 일부 증거조사를 한 바 있다 하더라도 이는 의미 없는 것에 지나지 않는다 할 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2001도265 판결, 2003. 3. 28. 선고 2002도3062 판결 등 참조), 피고인의 상고이유 중 피해자 박상준에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점에 대한 부분은 이미 환송판결에 의하여 그 상고이유가 없다는 이유로 배척되었으므로, 결국 피고인의 이 부분 상고이유 주장은 적법한 상고이유라고 할 수 없어 이를 받아들일 수 없다.

3. 증권거래법위반의 점에 대하여

가. 원심은, 피고인 및 원심 공동피고인들이 2002. 2. 15.부터 2002. 10. 9.까지 A 주식에 대한 시세조종행위를 하였으므로, 증권거래법이 개정·시행된 2002. 4. 27. 이후에 매도한 주식은 2002. 4. 27. 전의 시세조종행위뿐만 아니라, 2002. 4. 27. 이후의 시세조종행위에 의해서도 영향을 받아 가치가 상승되었다 할 것이고, 따라서 2002. 4. 27. 이후에 매도한 주식에 관한 한 시세조종이라는 범죄행위는 모두 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 적용시기에만 이루어졌다고 볼 것이 아니라 2002. 4. 27. 시행된 개정 증권거래법(이하 '개정법'이라 한다) 시행 전후에 걸쳐서 이루어졌다고 보아야 할 것이므로, 2002. 4. 27. 이후에 매도한 주식에 대하여는, 특별한 사정이 없는 한 설사 2002. 4. 27. 전에 매수를 하여 그 시세형성에 2002. 4. 27. 전의 시세조종행위가 일부 영향을 끼쳤다 하더라도 구법이 아닌 개정법이 적용되어야 한다고 전제한 후, 이와 같은 방식에 따라 산정한 A에 대한 2002. 4. 26.까지의 시세차익은 10,140,755원, 2002. 4. 27.부터 같은 해 10. 9.까지의 시세차익은 150억 20,121,751원이라고 인정하여 A 주식 시세조종행위로 인한 증권거래법위반의 점에 대하여 포괄하여 개정법 제207조의2 제2항 제1호를 적용하여 처벌하였다.

나. 그러나 이러한 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

구법 제207조의2 단서는 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있음에 반하여, 개정법 제207조의2 제2항에서는 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우와 50억 원 이상인 때를 구분하여 가중처벌하는 규정을 두고 있는바, 포괄일죄인 시세조종행위가 개정법 시행 전후에 걸쳐 있는 경우 개정법 시행 이후의 범행으로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 개정법 제207조의2 제2항 소정의 구성요건을 충족하는 때에는 개정법 제207조의2 제2항을 적용하여 처벌할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 법률불소급의 원칙상 구법 제207조의2를 적용하여 처벌하여야 하고(대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결, 1990. 2. 23. 선고 89도1935 판결 등 참조), 한편 구법 제207조의2 단서와 개정법 제207조의2 제1항 단서 및 제2항에서 정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤, 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총매도금액에서 총매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다.) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다고 할 것이며, 그와 같은 이익의 산정은 시세조종행위 개시 후 종료시점까지의 구체적 거래로 인한 이익 및 시세조종행위 종료 시점 당시 보유중이던 시세조종 대상 주식의 평가이익 등이 모두 포함되어야 한다(대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결 참조).

그런데 원심과 같이 개정법 시행 이후에 시세조종행위에 동원된 주식을 매도함으로 인하여 발생한 이익은 그 매수시기에 상관없이 모두 개정법 시행 이후의 '위반행위로 얻은 이익'에 포함된다고 평가한다면, 이 사건과 같이 개정법 시행 이전에 시세조종행위가 시작되어 시행 이후까지 계속하여 주가가 상승하고 있는 경우, 개정법 시행 이전에 매수하였으나 개정법 시행 당시 매도하지 않고 보유하고 있는 주식에 대하여도 개정법 시행 이전에 이미 발생한 주가 상승으로 인한 평가이익까지 모두 개정법 시행 이후 발생한 이익으로 산정하게 됨으로써, 이익액을 기준으로 가중처벌 규정을 두고 있는 개정법의 적용에 있어 피고인에게 불이익한 결과를 초래하게 되어 부당하고, 따라서 시세조종행위에 동원된 주식 중 개정법 시행 이전에 매수 및 매도가 모두 이루어져 구체적으로 발생한 이익(실현이익)은 물론 개정법 시행 이전에 매수하였으나 개정법 시행 당시 매도하지 않고 보유하고 있는 주식의 평가이익(미실현이익)까지도 개정법 시행 이전의 이익으로 봄이 상당하다고 할 것이다.

따라서 원심이 개정법 시행 당시 보유하고 있던 A 주식의 평가이익을 산정하여 보지 않은 채, 개정법 시행 이후에 시세조종행위에 동원된 주식을 매도함으로 인하여 발생한 이익은 그 매수시기에 상관없이 모두 개정법 시행 이후의 '위반행위로 얻은 이익'에 포함된다고 평가하고 개정법을 적용하여 처벌한 조치에는, 증권거래법상의 '위반행위로 인한 이익'에 관한 심리를 제대로 하지 아니하거나 그에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 명백하다.

4. 그렇다면 원심판결 중 피고인의 A 주식 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점은 더 이상 이를 유지할 수 없게 되었다고 할 것인바, 위 죄는 피고인에 대한 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결 중 피고인에 대한 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 윤재식(재판장) 강신욱 고현철(주심) 김영란

□ 대법원 2004. 10. 28. 선고 2002도3131 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의4 제3항의 규정 취지

[2] 증권거래법 제188조의4 제3항에 정한 '유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 한 매매거래'의 의미

[3] 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단하는 방법

[4] 역외펀드 관련사항을 재무제표에 기재하지 않은 행위가 주식회사의외부감사에관한법률 위반에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

[1] 자유로운 유가증권시장에 개입하여 인위적으로 유가증권의 시세를 조작하는 것을 방지하려는 증권거래법의 입법 취지에 비추어 살펴보면 증권거래법 제188조의4 제3항은 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회공개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 금지하되, 다만 유가증권의 모집·매출을 원활하게 하기 위한 시장에서의 필요성에 의하여 그 시행령 제83조의8 제1항 소정의 안정조작과 시장조성을 그 이하 조항이 정하는 기간·가격 및 주체 등에 관한 엄격한 조건하에 예외적으로 허용하는 의미라고 보아야 한다.

[2] 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적은 유가증권의 현재의 시장가격을 고정시키거나 안정시키는 경우뿐 아니라, 행위자가 일정한 가격을 형성하고 그 가격을 고정시키거나 안정시키는 경우에도 인정되고, 행위자가 그러한 목적을 가지고 매매거래를 한 것이라면, 그 매매거래가 일정한 기간 계속 반복적으로 이루어져야 하는 것이 아니라 한 번의 매매거래도 증권거래법 제188조의4 제3항의 구성요건을 충족한다.

[3] 일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다

는 인식과 결합하여 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이고, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있으므로 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 기업 경영에 있어 경영상 판단의 특성이 고려되어야 한다.

[4] 역외펀드 관련사항을 재무제표에 기재하지 않은 행위가 주식회사의외부감사에관한법률 위반에 해당한다고 한 사례.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제3항,증권거래법시행령 제83조의8 제1항/ [2]증권거래법 제188조의4 제3항/ [3]형법 제355조 제2항,제356조/ [4]구 주식회사의외부감사에관한법률(1998. 1. 8. 법률 제5497호로 개정되기 전의 것) 제20조 제2항 제2호

【참조판례】
[3]대법원 2004. 7. 22. 선고 2002도4229 판결(공2004하, 1480)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 검사
【변호인】 법무법인 화우 담당변호사 황상현 외 1인
【원심판결】 서울고법 2002. 5. 23. 선고 2000노1542 판결

【주문】

원심판결 중 증권거래법위반 부분과 주식회사의외부감사에관한법률위반 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 검사의 나머지 상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 증권거래법위반의 점에 관하여

가. 증권거래법 제188조의4 제3항은 "누구든지 단독 또는 공동으로 대통령령이 정하는 바에 위반하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하지 못한다."고 규정하고 있고, 그 대통령령인 증권거래법시행령 제83조의8 제1항은 "법 제188조의4 제3항에 의하여 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회중개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁은 일정한 기간 유가증권의 가격의 안정을 기하여 유가증권의 모집 또는 매출을 원활하게 하는 것(이하 '안정조작'이라 한다)과 모집 또는 매출한 유가증권의 수요공급을 당해 유가증권의 상장 또는 협회 등록 후 일정기간 조성하는 것(이하 '시장조성'이라 한다)에 한한다."라고 규정하고, 그 이하의 조항에서 안정조작과 시장조성의 요건과 절차를 규정하고 있다.

자유로운 유가증권시장에 개입하여 인위적으로 유가증권의 시세를 조작하는 것을 방지하려는 증권거래법의 입법 취지에 비추어 위 규정의 취지를 살펴보면 증권거래법 제188조의4 제3항은 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 유가증권시장 또는 협회공개시장에서 행하는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 금지하되, 다만 유가증권의 모집·매출을 원활하게 하기 위한 시장에서의 필요성에 의하여 그 시행령 제83조의8 제1항 소정의 안정조작과 시장조성을 그 이하 조항이 정하는 기간·가격 및 주체 등에 관한 엄격한 조건하에 예외적으로 허용하는 의미라고 보아야 할 것이다.

그리고 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적은 유가증권의 현재의 시장가격을 고정시키거나 안정시키는 경우뿐 아니라, 행위자가 일정한 가격을 형성하고 그 가격을 고정시키거나 안정시키는 경우에도 인정되고, 행위자가 그러한 목적을 가지고 매매거래를 한 것이라면, 그 매매거래가 일정한 기간 계속 반복적으로 이루어져야 하는 것이 아니라 한 번의 매매거래도 증권거래법 제188조의4 제3항의 구성요건을 충족한다 할 것이다.

나. 기록에 의하여 살펴보면, 피고인은 공소외인등과 공모하여 BIS 비율을 맞추려는 한국산업은행의 요청에 따라 그 은행이 보유하고 있는 포항제철 주식회사(이하 '포항제철'이라 한다)의 주식 133,198,370주와 A화학 주식회사(이하 'A'라 한다)의 주식 3,778,920주를 높은 가격으로 자전거래시키기 위하여 1997. 12. 23. 전장 동시호가에서 포항제철의 주식 25만 주를 1주당 전일 종가보다 3,600원이 높은 50,600원에, A의 주식 10만 주를 1주당 전일 종가보다 1,200원 높은 18,100원에 각 매수주문을 내고, 주문가대로 매매거래를 성사시켜 그날 전장 시초가를 주문가대로 형성시킨 다음, 한국산업은행이 보유한 A의 주식을 그 가격으로 자전거래시키고, 같은 날 오후 동시호가에서 포항제철의 주식 19만 주를 위와 같은 가격인 50,600원에 매수주문을 내어 주문가대로 매매거래를 성사시켜 후장 시초가를 주문가대로 형성시킨 다음, 한국산업은행이 보유한 포항제철의 주식을 그 가격으로 자전거래시킨 사실을 인정할 수 있는바, 주식을 높은 가격으로 자전거래시키기 위하여 시장조작에 의하여 높은 가격을 형성하는 매매거래를 하고 그 가격으로 자전거래를 하였다면, 그 매매거래 행위는 유가증권의 시세를 고정시킬 목적으로 한 것이라고 인정할 수 있으므로 증권거래법 제188조의4 제3항의 처벌대상이 된다고 할 것이다.

다. 그럼에도 불구하고 원심은, 증권거래법 제188조의4 제3항의 처벌대상은 시행령에서 정한 요건과 절차를 위반한 안정조작과 시장조성에 한한다고 해석하여 피고인의 행위가 그것에 해당하지 않는다는 이유로 무죄를 선고하였는바, 이러한 원심판결에는 증권거래법 제188조의4 제3항과 그 시행령의 해석을 잘못함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이를 다투는 검사의 상고이유의 주장은 정당하다.

2. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반의 점에 관하여

가. 일반적으로 업무상배임죄의 고의는 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 본인에게 재산상의 손해를 가한다는 의사와 자기 또는 제3자의 재산상의 이득의 의사가 임무에 위배된다는 인식과 결합하여 성립되는 것이며, 이와 같은 업무상배임죄의 주관적 요소로 되는 사실은 피고인이 본인의 이익을 위하여 문제가 된 행위를 하였다고 주장하면서 범의를 부인하고 있는 경우에는 사물의 성질상 고의와 상당한 관련성이 있는 간접사실을 증명하는 방법에 의하여 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이고, 기업의 경영에는 원천적으로 위험이 내재하여 있어서 경영자가 아무런 개인적인 이익을 취할 의도 없이 선의에 기하여 가능한 범위 내에서 수집된 정보를 바탕으로 기업의 이익에 합치된다는 믿음을 가지고 신중하게 결정을 내렸다 하더라도 그 예측이 빗나가 기업에 손해가 발생하는 경우가 있을 수 있으므로 경영상의 판단과 관련하여 기업의 경영자에게 배임의 고의가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 기업 경영에 있어 경영상 판단의 특성이 고려되어야 할 것이다.

나. 원심은 그 채택 증거에 의하여 피고인이 주식회사 한주, 삼미특수강공업 주식회사, 한보철강공업 주식회사, 주식회사 홍성산업, 환영철강공업 주식회사가 각 발행한 사채를 지급보증 하게 된 경위 등 판시의 사실을 인정한 다음, 그 판시와 같은 이유로 피고인에게 배임의 범의가 있었다고 인정하기 어렵다고 판단하였는바, 위 법리에 따라 원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 업무상배임죄의 범의에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 주식회사의외부감사에관한법률위반의 점에 관하여

가. 원심은 그 채택 증거에 의하여 판시의 사실을 인정한 다음, 피고인은 역외펀드 거래의 특수성과 당시의 관행에 따라 역외펀드 관련사항을 기재하지 않은 것으로 보이고, 달리 피고인이 허위의 재무제표를 작성한다는 범의를 가지고 역외펀드 관련사항을 기재하지 않았음을 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

나. 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유로 수긍하기 어렵다.

(1) 피고인이 재무제표를 작성함에 있어 기준이 되는 당시의 기업회계기준 제2조에 의하면, 재무회계는 회계정보의 이용자가 기업 실체와 관련하여 합리적인 의사결정을 할 수 있도록

재무상의 자료를 일반적으로 인정된 회계원칙에 따라 처리하여 유용하고 적정한 정보를 제공하는 것을 목적으로 하고 있고, 또, 회계처리에 있어서는 형식이나 외관 또는 법적 형태보다 실질에 따르는 것이 원칙으로 되어 있다.

그런데 기록에 의하여 살펴보면, B증권이 엑셀펀드와 프라임코리아펀드라는 역외펀드를 설립하면서 역외펀드가 발행한 주식을 해외금융기관에 환매조건부로 매매하고 그 대금으로 주식인수자금을 조달하는 방법으로 역외펀드를 설립·운영하는 것은 그 형식은 환매조건부매매이나 실질은 주식의 인수와 외화의 차입에 해당한다고 할 것이고, B증권이 운영하는 역외펀드의 하나인 엑셀펀드에서 발행한 변동금리부 사채를 인수한 해외금융기관에 원심 판시와 같은 이행계약서를 작성, 교부한 것은 보증의 제공으로 우발채무에 해당한다고 할 것이므로 이러한 역외펀드 관련사항은 위 기업회계 기준에 따라 재무제표에 기재하여야 할 사항이라고 할 것이다.

따라서 B증권에서 설립·운영하는 위 역외펀드의 설립과정과 운영에 대하여 잘 알고 있는 피고인이 재무제표를 작성함에 있어 역외펀드 관련사항을 기재하지 않은 것은 위법이고 그것을 기재하지 않는 것이 정당하다고 믿을 만한 사유가 없는 이상, 허위의 재무제표 작성의 범의 또한 있었다고 할 것인데, 다른 증권회사들이 역외펀드 관련사항을 재무제표에 기재하지 않았다거나, 증권감독원이 이 사건 이후에야 역외펀드 관련 규정을 정비하였다는 등의 사정은 피고인이 역외펀드 관련사항을 재무제표에 기재하지 않는 것을 정당화하는 사유가 된다고 볼 수 없으며, 더구나 기록에 의하면, 피고인은 B증권 국제부에서 작성된 RP거래의 현황 및 향후 처리방안이라는 보고서를 보고 역외펀드 관련사항이 재무제표에 기재되어야 할 사항이라는 것을 알고 있었다고 보이므로 피고인에게 허위의 재무제표를 작성·공시한다는 범의가 없었다고 할 수 없다.

(2) 그럼에도 불구하고, 원심은 피고인에게 주식회사의외부감사에관한법률위반의 공소사실에 대한 범의가 있었음을 인정할 증거가 없다고 판단하였는바, 이러한 원심판결에는 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하였거나 주식회사의외부감사에관한법률위반죄의 범의에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다고 할 것이고, 이를 다투는 검사의 상고이유의 주장은 정당하다.

4. 결 론

그러므로 원심판결 중 증권거래법위반 부분과 주식회사의외부감사에관한법률위반 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 업무상 배임으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반의 부분에 대한 검사의 상고는 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 고현철(재판장) 변재승 강신욱(주심) 박재윤

□ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2004도1465 판결

[1] 증권거래법 제207조의2 단서가 규정하는 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 그 산정 방

법

[2] 시세조종행위를 위해 외부청약 과정에서 청약자들에게 지급하기로 한 청약환불금 등의 비용은 주식매도 및 매수에 관련된 거래비용이라고 볼 수 없어 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익에서 공제되는 비용에 포함된다고 볼 수 없다고 한 사례

[3] 공모공동정범에 있어서 공모관계의 성립 요건

[4] 타인으로부터 돈을 차용하면서 충분한 담보를 제공한 경우, 그 차용금을 변제할 의사와 능력이 있다고 볼 수 있는지 여부(적극)

[5] 시세조종된 주식임을 잘 알면서도 이를 숨긴 채 담보로 제공하였다면 대출받을 당시 담보가치가 충분히 있었다고 하더라도 편취의 범의가 인정된다고 한 사례

[6] 포괄일죄인 시세조종행위가 증권거래법 개정 법률 시행 전후에 걸쳐 있는 경우 적용법률

【판결요지】

[1] 증권거래법 제207조의2 제1항 단서 및 제2항에서 규정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤, 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다.

[2] 시세조종행위를 위해 외부청약 과정에서 청약자들에게 지급하기로 한 청약환불금 등의 비용은 주식매도 및 매수에 관련된 거래비용이라고 볼 수 없어 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익에서 공제되는 비용에 포함된다고 볼 수 없다고 한 사례.

[3] 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다.

[4] 타인으로부터 돈을 차용하면서 충분한 담보를 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 차용금을 변제할 의사와 능력이 없었다고 볼 수는 없다.

[5] 시세조종된 주식임을 잘 알면서도 이를 숨긴 채 담보로 제공하였다면 대출받을 당시 담보가치가 충분히 있었다고 하더라도 편취의 범의가 인정된다고 한 사례.

[6] 포괄일죄인 시세조종행위가 증권거래법 개정 법률 시행 전후에 걸쳐 있는 경우 증권거래법 시행 이후의 범행으로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 같은 법 제207조의2 제2항 소정의 구성요건을 충족하는 때에는 같은 법 제207조의2 제2항을 적용하여 처벌할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 법률불소급의 원칙상 구 증권거래법 제207조의2를 적용하여 처벌하여야 한다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제207조의2 제1항,제2항/ [2]증권거래법 제207조의2 제1항/ [3]형법 제30조/ [4]형법 제347조/ [5]형법 제347조/ [6]증권거래법 제207조의2 제2항,구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2

【참조판례】
[1][3]대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결(공2004상, 192)/[1]대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159),대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결(공2003하, 2404)/[3]대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결(공2002하, 2127),대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도6103 판결(공2003상, 758),대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도482 판결(공2004상, 946)/[4]대법원 1984. 3. 27. 선고 84도231 판결(공1984, 858)/[6]대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결(공1986, 1153),대법원 1990. 2. 23. 선고 89도1935 판결(공1990, 826)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 3인
【상고인】 피고인들
【변호인】 변호사 서정욱 외 8인
【원심판결】 서울고법 2004. 2. 9. 선고 2003노3094, 2004노131 판결

【주문】

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 부분을 파기하고 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 피고인 1에 대하여

가. 상고이유 제1점에 대하여

증권거래법(이하 '법'이라 한다) 제207조의2 제1항 단서는 현실거래에 의한 시세조종행위를 금지한 법 제188조의4 제2항 제1호 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있고, 법 제207조의2 제2항에서는 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 기준으로 가중처벌하는 규정을 두고 있는바, 여기에서 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤, 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 이 사건과 같은 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심이 채택한 증거들을 종합하여, 공소외 1 주식회사(종전 상호는 '상호생략'인데, 2002. 9.경 상호가 바뀌었다.)가 2000. 2. 14. 부도 처리되고 같은 해 8. 21. 화의인가를 받은 사실, 공소외 1 주식회사는 그 후 경영정상화를 위하여 2001. 10. 26.경 주식회사 크레디온(이하 '크레디온'이라 한다)과 사이에 크레디온이 공소외 1 주식회사의 유상증자에 참여하는 것을 주요 내용으로 하는 경영정상화계약을 체결하였으나, 자산실사 결과 필요한 자금투입규모가 당초 예상했던 180억 원보다 훨씬 많은 250억 원에 이르게 되자, 크레디온은 공소외 1 주식회사에 대한 구조조정 작업을 중단한 채 이를 양도할 대상을 물색하였는데, 공소외 2와 피고인 1은 2001. 11.경 그 정보를 입수하고서 공소외 1 주식회사를 인수하여 이를 대상으로 집중적인 주가조작을 통해 시세차익을 얻기로 공모하고 2002. 2. 22. 자본금 70억 원을 사채업자인 반00으로부터 빌려 가장납입의 방법으로 공소외 3 주식회사를 설립하였고, 크레디온과 협의과정을 거쳐 2002. 3. 20. 그 사업을 양수받은 사실, 그에 따라 공소외 1 주식회사는 자본감소, 액면분할 절차를 거쳐 2002. 4. 25. 보통주 45,454,550주(액면분할 후 기준, 이하 같다), 발행가 550원, 증자금액 250억 원, 유상증자일 2002. 6. 3., 신주권교부일 2002. 6. 24.로 하는 제3자 배정 방식의 유상증자를 결의하였는데, 공소외 3 주식회사는 총 44,454,550주에 관하여 유상증자 절차에 참여함으로써 3개월 및 1년 보호예수분을 제외한 2,172만 주를 교부받기로 하여 경영권(지분비율 94.19%)을 확보하게 되었고, 공소외 1 주식회사는 위 유상증자로 납입 받은 250억 원 등으로 화의채무 263억 원을 변제하여 2002. 8. 7. 관리 종목에서 해제되고 경영이 정상화된 사실, 한편, 피고인 1등은 위 유상증자일보다 훨씬 앞선 시점인 2002. 2.에서 5.경까지 사이에 이미 장외청약자인 김00 등에게 1년 보호예수분을 제외한 3,082만 주의 신주 중 2,002만 주를 주당 1,000원 내지 1,200원에 선매도하는 방식으로 총 224억 원의 공소외 1 주식회사신주인수자금을 조달함으로써, 장외청약 모집가와 신주인수가의 차이를 이용하여 1년 보호예수분을 제외하고도 1,080만 주를 발행차익으로 취득하였고, 나아가 투자자들에게 그 청약주식을 교부할 때가 되자 현금보관증을 건네주고 주권 중 일부(578만 주)만을 교부함으로써, 결국 위 발행차익에 해당하는 주식과 미교부 주식 합계 2,504만 주를 이용하여 이 사건 시세조종을 한 사실, 또한, 2002. 2. 15.부터 2002. 4. 23.까지 및 2002. 5. 21.부터 2002. 10. 9.까지의 두 기간 중의 시세조종이 동일한 시세조종세력에 의하여 이루어졌고, 그 각 기간의 시세조종행위가 인위적인 가격조

종을 통한 매매차익의 획득이라는 동일한 목적을 위해 이루어졌으며, 전반기 시세조종에 동원되었던 계좌가 후반기 시세조종에도 계속 이용되었고, 전반기 중에 매수한 주식을 후반기 중에 매도하는 등 같은 주식의 매매가 두 기간에 걸쳐 연속적으로 이루어진 사실 등을 각 인정한 다음, 피고인 1등은 처음부터 구조조정과 관련한 제3자 배정 방식의 신주 발행 및 청약자 모집을 의미하는 '발행시장' 부분과 구조조정 완료 후 확보한 신주 및 이를 담보로 취득한 자금 등을 이용하여 주가를 조작하는 것을 의미하는 '유통시장' 부분을 연계시켜 시세조종하기로 계획하였고, 그 전체적인 계획하에 구주 매집과 신주 발행 단계를 포함한 이 사건 시세조종을 하였다고 봄이 상당하므로, 신주 발행이 주가조작을 위한 수단으로 이용되었다고 볼 수 있고, 그렇다면 시세조종을 통하여 얻은 이익을 계산함에 있어 발행시장을 통하여 입고된 주식의 평균 취득단가를 신주 발행가인 550원으로 보는 것이 합리적이라고 판단하고, 이를 토대로 피고인 등이 공소외 1 주식회사주식에 대한 시세조종을 통해 얻은 순이익을 15,020,121,751원으로 판단하였다.

위에서 본 법리와 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 상고이유 제2점에 대하여

현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익에서 공제되는 비용이라 함은 그 시세조종행위와 관련된 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등 주식매도 및 매수에 관련된 거래비용을 의미하는 것이다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결 등 참조).

그런데 피고인 1등이 시세조종행위를 위해 외부청약 과정에서 청약자들에게 지급하기로 한 청약환불금 등의 비용은 주식매도 및 매수에 관련된 거래비용이라고 볼 수는 없다 할 것이므로, 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익에서 공제되는 비용에 포함된다고 볼 수 없고, 따라서 원심이 이에 관하여 심리하지 않았다고 하더라도 심리미진 내지 채증법칙을 위배하였다고 볼 수 없다.

2. 피고인 2에 대하여

기록에 의하면, 피고인 2는 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세웠음이 명백하므로, 그 주장을 받아들여 제1심판결을 파기하고 보다 가벼운 형을 선고한 원심판결에 대하여 피고인 2로서는 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배나 법리오해, 이유불비 내지 이유모순 등의 사유를 들어 상고이유로 삼을 수 없을 뿐만 아니라, 원심이 인용한 제1심 채택증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 위법이 있다고 볼 수 없다.

3. 피고인 3에 대하여

가. 상고이유 제1점에 대하여

2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결, 2003. 1. 24. 선고 2002도6103 판결 등 참조).

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심이 채택한 증거들을 종합하여, 피고인 3이 피고인 1, 공소외 4등과 공소외 1 주식회사에 대한 주가를 조작하기로 공모하여, 피고인 3이 유통 부분에 대한 조작을 맡아 집중적으로 시세조종을 하고, 피고인 1등과 함께 공소외 1 주식회사에 대한 주가조작을 위한 자금을 조달하는 역할도 동시에 한 사실이 인정되므로, 비록 피고인 3이 피해자 박00에게 직접 공소외 1 주식회사의 주가 전망과 유상증자 참여에 대하여 거짓말하면서 피해자로 하여금 공소외 1 주식회사의 주식을 담보로 하나은행으로부터 돈을 차용할 때 차주가 되어 달라고 기망하는 행위를 한 사실이 없다고 하더라도, 위 자금조달에 대하여 피고인 3과 피고인 1등 사이에 암묵적인 의사의 상통이 있었다고 볼 것이어서, 공동정범의 법리상 피고인 3역시 피고인 1등과 함께 사기죄의 책임을 져야 한다고 판시하였는바, 위에서 본 법리와 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배의 위법이 있다고 볼 수 없다.

나. 상고이유 제2점에 대하여

타인으로부터 돈을 차용하면서 충분한 담보를 제공하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 차용금을 변제할 의사와 능력이 없었다고 볼 수는 없다(대법원 1984. 3. 27. 선고 84도231 판결 참조).

그런데 기록에 의하면, 피고인 3이 하나은행에 담보로 제공한 공소외 1 주식회사주식 420,000주는 당시 시가로 약 25억 원(주당 약 6,000원) 상당에 이르렀기는 하나, 위 주식의 당시 시가는 피고인 3등의 주식 시세조종행위로 인한 것일 뿐 아니라, 피고인 3이 2002. 9. 26. 하나은행으로부터 피해자 박00 명의로 10억 원을 대출받은 이후 불과 2주 정도 만에 그 주가가 급격히 하락함으로써, 하나은행이 이를 매각하여 회수한 대금이 567,355,194원에 불과한 점, 피고인 3은 시세조종된 주식임을 잘 알면서도 이를 숨긴 채 담보로 제공한 점 등에 비추어 보면, 비록 피고인 3이 위 주식을 담보로 대출받을 당시에는 대출액의 약 250%에 해당하는 담보가치가 있었다고 하더라도, 피고인 3에게 편취의 범의가 있었다고 보아야 할 것이고, 또한, 하나은행이 담보로 제공된 주식을 처분하여 그 중 일부를 대출금에 충당하였다고 하더라도 이는 범죄 후 피해변제를 받은 것에 불과하므로, 피고인 3의 편취액수를 9억 8,000만 원이라고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 상고이유 제3점에 대하여

기록에 의하면, 피고인 3은 제1심판결 중 이 사건 각 증권거래법위반의 점에 대해서는 양형부당만을 항소이유로 내세웠음이 명백하므로, 피고인 3으로서는 상고이유의 주장과 같은 증권거래법에 관한 법리오해의 사유를 들어 적법한 상고이유로 삼을 수 없을 뿐만 아니라, 앞서 피고인 1의 상고이유에 대한 판단에서 본 바와 같이 이 사건 주식 시세조종행위로 얻은 이익에 관한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 증권거래법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 피고인 4에 대하여

가. 상고이유 제1, 2점에 대하여

원심판결 이유에 의하면, 원심은 제1심이 채택한 증거들을 종합하여 피고인 4의 이 사건 각 증권거래법위반의 점을 모두 유죄로 인정하였는바, 관련 증거들을 기록에 비추어 살펴보면 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 사실오인 내지 채증법칙 위배의 위법이 있다고 볼 수 없다.

나. 상고이유 제3점에 대하여

기록에 의하면, 피고인 4는 제1심판결 중 이 사건 각 증권거래법위반의 점에 대해서는 채증법칙 위배 및 양형부당만을 항소이유로 내세웠음이 명백하므로, 피고인 4로서는 상고이유의 주장과 같은 증권거래법에 관한 법리오해의 사유를 들어 상고이유로 삼을 수 없을 뿐만 아니라, 앞서 피고인 1의 상고이유에 대한 판단에서 본 바와 같이 이 사건 주식 시세조종행위로 얻은 이익에 관한 원심의 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 증권거래법에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

5. 직권 판단

직권으로 살피건대, 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 '구법'이라 한다) 제207조의2 단서는 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있음에 반하여, 2002. 4. 27.부터 시행된 법 제207조의2 제2항에서는 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상 50억 원 미만인 경우와 50억 원 이상인 때를 구분하여 가중처벌하는 규정을 두고 있는바, 포괄일죄인 시세조종행위가 법 시행 전후에 걸쳐 있는 경우 법 시행 이후의 범행으로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 법 제207조의2 제2항 소정의 구성요건을 충족하는 때에는 법 제207조의2 제2항을 적용하여 처벌할 수 있으나, 그렇지 않은 경우에는 법률불소급의 원칙상 구법 제207조의2를 적용하여 처벌하여야 한다(대법원 1986. 7. 22. 선고 86도1012 전원합의체 판결, 1990. 2. 23. 선고 89도1935 판결 등 참조).

그런데 원심판결 이유에 의하면, 원심은, 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4등이 공모하여 2002. 3. 28.부터 같은 해 5. 23.까지 사이에 주식회사 A의 주식을 시세조종하는 방법으로 시세차익 617,401,500원을 취득하고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4등이 공모하여 2002. 2. 15.부터 같은 해 10. 9.까지 사이에 공소외 1 주식회사의 주식을 시세조종하는 방법으로 시세차익 15,020,121,751원을 취득하였다고 각 인정한 다음, 각기 법 제207조의2 제2항 제2호, 제1호를 적용하여 처벌하였다.

그러나 위에서 본 법리에 따르면, 피고인 등이 법 시행일인 2002. 4. 27. 이후에 주식 시세조종행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 5억 원 이상에 해당하는 경우에만 법 제207조의2 제2항에 따라 가중처벌할 수 있음에도, 원심은 법 시행 이후에 피고인 등이 시세조종행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 별도로 심리하여 보지 않은 채, 법 시행 전후에 걸친 피고인 등의 시세조종행위를 포괄일죄로 보아 시세조종행위 종료시점 당시 피고인 등이 시세조종행위로 얻은 이익 전체를 기준으로 법 제207조의2 제2항을 적용하여 처벌하였으니, 이는 심리를 다하지 아니하였거나 포괄일죄에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 때에 해당한다고 볼 것이다.

6. 결 론

그렇다면 원심판결 중 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 주식회사 A주식 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점과 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4의 공소외 1 주식회사주식 시세조종으로 인한 증권거래법위반의 점에 관하여는 더 이상 이를 유지할 수 없게 되었다 할 것인바, 위 각 죄는 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 나머지 유죄 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 배기원(재판장) 유지담 이강국 김용담(주심)

□ 대법원 2004. 3. 26. 선고 2003도7112 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위한 주관적 요건으로 같은 항이 규정하고 있는 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나, 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'의 의미

[2] 시세조종 등의 금지에 관한 증권거래법 제188조의4 제2항이 규정하고 있는 '매매거래를 유인할 목적'과 같은 항 제1호가 규정하고 있는 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'의 의미 및 이에 해당하는지 여부의 판단 기준

[3] 공모관계의 성립요건 및 그 인정 방법

[4] 검사가 구 증권거래법 제207조의2 단서 규정을 적용하여 기소한 경우, 법원의 심리방법

[5] 형사소송법 제254조 제4항의 규정 취지 및 공소사실의 특정 정도

[6] 증권거래법이 규정하고 있는 미공개정보 이용행위금지 위반죄에 관한 공소사실이 특정된 것으로 볼 수 없다고 한 사례

[7] 검사가 구 증권거래법 제207조의2 본문만을 적용하여 기소한 것으로 보아야 함에도 그 단서에 정한 형을 선고한 것은 불고불리의 원칙에 위반하여 위법하다고 한 사례

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이 있어야 하는데, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니한다.

[2] 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, 그 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[3] 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하는 공범관계의 경우 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다.

[4] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 단서 규정상 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 2천만 원 이상의 벌금형을 선고하기 위한 구성요건의 일부가 되는 것이어서, 검사가

같은 법 제207조의2의 단서 규정을 적용하여 기소를 한 경우, 법원으로서는 먼저 공소사실에 기재된 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 인정되는지 여부를 심리하여 이 점을 확정한 후, 위 단서 규정을 적용하여 형을 정하여야 할 것이고, 공소사실에 기재된 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 일부가 인정되지 아니하는 경우에는 그에 대한 판단을 표시하고 위 단서 규정을 적용할 수 있을 것인지를 정하여야 한다.

[5] 형사소송법 제254조 제4항이 "공소사실의 기재는 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다."고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 것이므로, 검사로서는 위 세 가지 특성요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 한다.

[6] 증권거래법이 규정하고 있는 미공개정보 이용행위금지 위반죄에 관한 공소사실 가운데 미공개정보를 언제 어떻게 매매거래에 이용하였다는 것인지에 관한 구체적인 범죄사실이 전혀 적시되지 아니하여 공소사실이 특정된 것으로 볼 수 없다고 한 사례.

[7] 공소장에는 피고인이 미공개정보 이용행위의 금지위반으로 인하여 얻은 이익액이 명시되어 있지 아니하고, 나아가 그 이익액을 산정할 수 있는 거래가액 등 기초적인 자료조차 공소장에 기재되어 있지 아니하며, 공소제기 후 공소장이 변경되지도 아니하였으므로, 검사가 피고인의 미공개정보 이용행위 등과 관련하여는 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 본문에 위반하는 행위로만 기소한 것으로 보아야 할 것임에도 원심이 그 단서에 정한 형을 선고한 것은 불고불리의 원칙에 위반하여 위법하다고 한 사례.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제1항/ [2]증권거래법 제188조의4 제2항/ [3]형법 제30조/ [4]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2/ [5]형사소송법 제254조 제4항,제327조 제2호/ [6]형사소송법 제254조 제4항,제327조 제2호/ [7]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2,형사소송법 제246조,제254조

【참조판례】

[1]대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결(공2002상, 222)/[2]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100),대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결 (공2002하, 2127),대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결(공2004상, 192)/[3]대법원 1999. 3. 9. 선고 98도3169 판결(공1999상, 697),대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결(공2002하, 1890)/[5]대법원 1999. 11. 12. 선고 99도2934 판결(공1999하, 2559),대법원 2000. 10. 27. 선고 2000도3082 판결(공2000하, 2483),대법원 2000. 11. 24. 선고 2000도2119 판결(공2001상, 208),대법원 2001. 4. 27. 선고 2001도506 판결(공2001상, 1316),대법원 2002. 9. 27. 선고 2002도3194 판결(공2002하, 2648)/[7]대법원 2003. 11. 28. 선고 2002도2215 판결

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 1인
【상고인】 피고인들
【변호인】 법무법인 화우 담당변호사 노경래 외 4인
【원심판결】 서울지법 2003. 11. 5. 선고 2002노12538 판결

【주문】

원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 서울중앙지방법원 합의부에 환송한다.

【이유】

1. 시세조종 등 불공정거래의 금지위반 부분에 대한 판단

가. 피고인 2의 채증법칙위반 및 법리오해 등의 주장에 대하여

(1) 증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이 있어야 하는데, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니한다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결 참조). 그리고 같은 법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, 그 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결 참조).

(2) 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 그 채용증거들을 종합하여 피고인 2은 공소외 주식회사의 주가를 인위적으로 조작하여 상승시키기 위하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 변칙적인 거래행위를 하였고, 이는 일반 투자자들로 하여금 위 회사의 주식이 유망한 것처럼 오인하도록 하여 그들을 주식의 매매거래에 끌어들이려는 목적에서 비롯된 것으로 판단한 후, 피고인 2가 고가

매수주문행위, 허위매수주문행위, 통정 및 가장매매행위 등을 통하여 시세조종 등 불공정거래행위를 하였다는 공소사실을 모두 유죄로 인정한 제1심법원의 판단을 유지한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 채증법칙위반 내지 증권거래법 제188조의4에 관한 법리오해나 판단유탈의 위법이 없다.

나. 피고인 1의 채증법칙위반 및 공동정범에 관한 법리오해 주장에 대하여

(1) 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하는 공범관계의 경우 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고, 이에 대한 직접증거가 없더라도 정황사실과 경험법칙에 의하여 이를 인정할 수 있다(대법원 2002. 6. 28. 선고 2002도868 판결 참조).

(2) 위와 같은 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 피고인 2등이 시세조종 등 불공정거래행위를 하고 있던 중 피고인 1이 2001. 9.경부터 피고인 2를 통하여 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 이 사건 시세조종 등 불공정거래행위에 공동가공하였음을 인정할 수 있다고 하면서, 비록 피고인 1이 이 사건 불공정거래행위와 관련된 구체적인 주문을 하지 아니하였다고 하더라도 피고인 2등의 불공정거래행위에 대하여 공동정범으로서의 책임이 있다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 채증법칙위반으로 인하여 사실을 오인하였거나, 공동정범에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

다. 구 증권거래법 제207조의2 단서의 적용과 관련하여

구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다.) 제207조의2는 "제188조의2 제1항 또는 제3항의 규정에 위반한 자와 제188조의4의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있으므로, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 2천만 원 이상의 벌금형을 선고하기 위한 구성요건의 일부가 되는 것이다.

따라서 검사가 구 증권거래법 제207조의2의 단서 규정을 적용하여 기소를 한 경우, 법원으로서는 먼저 공소사실에 기재된 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 인정되는지 여부를 심리하여 이 점을 확정한 후, 위 단서규정을 적용하여 형을 정하여야 할 것이고, 공소사실에 기재된 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 일부가 인정되지 아니하는 경우에는 그에 대한 판단을 표시하고 위 단서 규정을 적용할 수 있을 것인지를 정하여야 할 것임을 지적하여 둔다.

2. 미공개정보 이용행위금지 위반 부분에 대한 판단

가. 자사주 취득과 해외신주인수권부사채의 발행에 관한 부분

(1) 원심은, 공소외 주식회사의 대표이사인 피고인 1은 피고인 2에게 2001. 9. 20.경 '공소외 주식회사에서 주가부양을 위해 자사주를 취득할 것이다.'라는 사실을 알려주고, 같은 해 10. 말경 '공소외 주식회사에서 한달 뒤 정도에 해외신주인수권부사채를 발행할 것이다.'라는 사실을 알려주어, 피고인 2로 하여금 일반인에게 공개되지 아니한 중요한 정보를 공소외 주식회사주식의 매매거래에 이용하게 하였고, 피고인 2는 위와 같이 2차례에 걸쳐 피고인 1으로부터 공소외 주식회사의 미공개정보를 제공받아 공소외 주식회사주식의 매매거래에 이용하였다는 공소사실을 그대로 받아들여 이를 모두 유죄로 판단하였다.

(2) 그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

형사소송법 제254조 제4항이 "공소사실의 기재는 범죄의 일시·장소와 방법을 명시하여 사실을 특정할 수 있도록 하여야 한다."고 규정한 취지는, 심판의 대상을 한정함으로써 심판의 능률과 신속을 꾀함과 동시에 방어의 범위를 특정하여 피고인의 방어권 행사를 쉽게 해주기 위한 것이므로, 검사로서는 위 세 가지 특성요소를 종합하여 다른 사실과의 식별이 가능하도록 범죄 구성요건에 해당하는 구체적 사실을 기재하여야 할 것이다(대법원 2001. 4. 27. 선고 2001도506 판결 참조).

위와 같은 법리에 비추어 볼 때, 피고인들에 대한 자사주 취득과 해외신주인수권부사채에 관한 미공개정보의 이용에 관한 위 공소사실은 피고인 2가 피고인 1로부터 제공받은 미공개정보를 언제, 어떻게 매매거래에 이용하였다는 것인지에 관한 구체적인 범죄사실이 전혀 적시되지 아니하여 공소사실이 특정된 것으로 볼 수 없어 적법한 공소제기로 볼 수 없음에도 불구하고, 원심이 위 공소사실을 그대로 받아들여 모두 유죄로 판단한 것은 형사소송법 제254조 제4항의 해석적용을 잘못한 위법을 저지른 것이고, 이는 판결 결과에 영향을 미친 것으로 보아야 할 것이다.

나. 피고인 1에게 벌금형을 병과한 부분에 대하여

(1) 원심은, 피고인 1의 위와 같은 자사주 취득과 해외신주인수권부사채의 발행에 관한 미공개정보 이용행위 외에 무상증자에 관한 미공개정보 이용행위의 점에 관한 공소사실에 대하여도 유죄로 판단을 한 후, 이상의 행위들에 대하여 모두 구 증권거래법 제207조의2 제1호, 제188조의2 제1항을 적용하여 같은 피고인에 대하여 징역형과 5억 원의 벌금형을 병과하였다(원심은 증권거래법 제188조의4 소정의 시세조종 등 불공정거래금지 위반의 점과 관련하여 원심공동피고인 1, 원심공동피고인 2에 대하여는 각기 징역형과 2천만 원 이상의 벌금형을 병과하였고, 피고인 1에 대하여는 징역형만 선택하였으며, 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위금지 위반의 점과 관련하여서는 피고인 1에 대하여 징역형과 2천만 원 이상의 벌금형을 병과하였다).

(2) 그러나 원심이 피고인 1에게 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위금지 위반의 점과 관련하여 2천만 원 이상의 벌금형을 병과한 것은 다음과 같은 이유에서 수긍하기 어렵다.

구 증권거래법 제207조의2 제1호는 "제188조의2 제1항의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있으므로, 증권거래법 제188조의2 제1항 소정의 미공개정보 이용행위의 금지위반으로 얻은 이익 또는 회피손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 2천만 원 이상의 벌금형을 선고하기 위한 구성요건의 일부가 되는 것이고, 불고불리의 원칙상 법원은 구 증권거래법 제207조의2 단서 부분에 관한 검사의 공소 제기가 없으면 이에 대하여 심판할 수 없다고 할 것이다.

그런데 이 사건 공소장에는 피고인 1이 미공개정보 이용행위의 금지위반으로 인하여 얻은 이익액이 명시되어 있지 아니하고, 나아가 그 이익액을 산정할 수 있는 거래가액 등 기초적인 자료조차 공소장에 기재되어 있지 아니하며, 공소제기 후 공소장이 변경되지도 아니하였으므로, 검사가 피고인 1의 미공개정보 이용행위 등과 관련하여는 구 증권거래법 제207조의2 본문에 위반하는 행위로만 기소한 것으로 보아야 할 것이고, 따라서 피고인 1의 미공개정보 이용행위 등에 대하여는 2천만 원을 초과하는 벌금형을 병과할 수 없다 할 것임에도, 원심이 피고인 1의 미공개정보 이용행위 등에 대하여 5억 원의 벌금형을 병과한 것은 불고불리의 원칙에 위반하여 기소되지 아니한 사실을 심판하는 위법을 저지른 것이고, 이는 판결결과에 영향을 미쳤음이 명백하다(대법원 2003. 11. 28. 선고 2002도2215 판결 참조).

또 원심이 피고인 1에게 미공개정보의 이용행위와 관련하여 구 증권거래법 제207조의2 단서를 적용하여 벌금 2천만 원 이상을 병과하려면 그 위반행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 심리·확정되어야 할 것인데, 기록상 피고인 1이 이 사건 미공개정보 이용행위와 관련하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액이 얼마인지를 전혀 알 수 없음에도 불구하고 원심이 이에 대하여 심리를 하지 아니한 채 2천만 원 이상의 벌금형을 병과한 것도 위법한 것으로 보아야 할 것이다.

3. 피고인 2의 양형부당 주장에 대하여

징역 10년 미만의 징역형과 벌금형이 선고된 이 사건에서 양형이 잘못되었다는 사유는 적법한 상고이유가 될 수 없다.

4. 원심이 피고인들에 대하여 유죄로 인정한 미공개정보 이용행위 금지위반의 범죄사실과 나머지 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 보아 병과형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 모두 파기할 수밖에 없다.

그러므로 원심판결 중 피고인들에 대한 부분을 모두 파기하고, 이 부분 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 유지담(재판장) 배기원 이강국(주심) 김용담

□ 대법원 2004. 3. 11. 선고 2002도6390 판결

【판시사항】

구 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 그 산정 방법

【참조조문】

[1]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2(현행 제207조의2 제1항 참조)

【참조판례】
대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159),대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결(공2004상, 192)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 3인
【상고인】 피고인들
【변호인】 변호사 이희영 외 1인
【원심판결】 서울지법 2002. 10. 30. 선고 2002노2509 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

1. 피고인들의 상고이유를 본다.

가. 원심은 그 채용증거를 종합하여 피고인들이 공모하여 원심 판시 제1항 기재와 같이 주식회사 원풍의 주가 시세를 조종하고, 피고인 2, 피고인 3이 원심 판시 제2항, 제3항 기재와 같이 주식회사 협성농산의 주가 시세를 조종하였다고 인정하여 이를 모두 증권거래법위반죄로 처단하였는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정 및 판단은 모두 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같이 채증법칙에 위배하여 사실을 오인하거나 증권거래법위반죄와 공범에 관한 법리를 오해한 잘못이 있다고 할 수 없으며, 이 사건 공소사실의 기재가 피고인들의 방어권 행사에 지장을 주어 위법한 것이라고 볼 수도 없다.

나. 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제207조의2 단서에서 정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉, 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세

조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다 할 것이고, 그와 같은 이익의 산정은 시세조종행위 개시 후 종료시점까지의 구체적 거래로 인한 이익 및 시세조종행위 종료 시점 당시 보유 중이던 시세조종 대상 주식의 평가이익 등이 모두 포함되어야 할 것이다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결 등 참조).

원심은 구 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'을 산정함에 있어서, 피고인들이 시세조종행위 개시 이전부터 보유하고 있던 주식이나 그 종료 시점 이후에도 계속 보유한 주식은 고려함이 없이, 기록상 확인되는 시세조종기간 동안의 총매수량과 총매도량의 일치수량에 평균매도단가와 평균매수단가의 차액을 곱한 금액에서 거래비용을 공제한 금액으로 계산한 다음 이를 토대로 한 처단형의 범위 내에서 벌금형을 선고하였는바, 앞서 본 법리에 비추어 보면 원심이 피고인들의 각 위반행위로 얻은 이익을 위와 같은 방법으로 산정한 조치는 잘못이라고 할 것이나, 이는 피고인들에게 오히려 유리하여 피고인들만이 상고한 이 사건에서는 그러한 잘못이 판결 결과에 영향을 미칠 수 없다. 따라서 원심판결에 증권거래법위반죄에 관한 법리를 오해하여 판결 결과에 영향을 미친 잘못이 있다는 상고이유에서의 주장은 받아들일 수 없다.

2. 피고인 2에게 징역 10년 미만의 형과 벌금형이 병과된 이 사건에서 위 피고인에 대한 형의 양정이 부당하다는 사유는 적법한 상고이유가 되지 못한다.

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

□ 대법원 2003. 12. 12. 선고 2001도606 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'의 의미 및 그 판단 방법

[2] 공모공동정범에 있어서 공모관계의 성립 요건

[3] 피고인이 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모 및 범의를 부인하는 경우, 그 입증 방법

[4] 구 증권거래법 제215조에 의하여 법인에 대하여 벌금형을 부과하는 경우, 그 법인의 업무에 관하여 위와 같은 증권거래법 규정 위반의 행위를 한 경우 그 법인에 대하여 병과되는 구 증권거래법 제207조의2 소정 벌금형의 산정 방법

[5] 구 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 벌금 처단형의 상한이 되는 '위반행위로 얻은 이

익'의 산정방법과 그 기준시기 및 벌금형 양정의 원칙

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하는데, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니하고, 이러한 목적은 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 태양(순차적 가격상승주문 또는 가장매매, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관여 등), 그 유가증권의 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성 및 공정성 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

[2] 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다.

[3] 공모공동정범에 있어서 공모나 모의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 그 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접 사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.

[4] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호는 같은 법 제188조의4의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고, 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있고(이 사건 이후 개정된 현재의 증권거래법 규정은 위 이익 또는 회피한 손실액에 따라 행위자를 가중처벌하고 있다), 같은 법 제215조는 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제207조의2 내지 제212조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다고 규정하고 있는바, 법인의 대표자가 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 위와 같은 증권거래법 규정 위반의 행위를 한 경우 그 법인

에 대하여 병과되는 구 증권거래법 제207조의2 소정 벌금형은 그 법인이 대표자의 위반행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 기준으로 그 상한이 정하여진다고 보아야 한다.

[5] 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 단서에서 정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다고 할 것이고, 그와 같은 이익의 산정은 시세조종행위 개시 후 종료시점까지의 구체적 거래로 인한 이익 및 시세조종행위 종료 시점 당시 보유 중이던 시세조종 대상 주식의 평가이익 등이 모두 포함되어야 할 것이고 벌금형의 상한이 되는 이익 또는 회피한 손실액의 3배가 되는 금액은 피고인에 대한 형을 정함에 있어 기준이 되는 중요한 요소라 할 것이므로 법원으로서는 기록에 나타난 자료를 이용하여 피고인이 증권거래법 제188조의4의 규정에 위반한 행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액을 산정한 후 그 범위 내에서 피고인에 대한 형을 정하는 것이 원칙이다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제2항/ [2]형법 제30조/ [3]형법 제13조,제30조,형사소송법 제307조/ [4]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호(현행제207조의2 제1항 제2호참조)제215조/ [5]구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2(현행제207조의2 제1항참조)

【참조판례】

[1]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781),대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결(공2002상, 222),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100),대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결(공2002하, 2127)/[2][3]대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(공2000상, 1011),대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결(공2000하, 1911),대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결(공2002하, 2127),대법원 2003. 1. 24. 선고 2002도6103 판결(공2003상, 758)/[2]대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결(공2001상, 91),대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1319 판결(공2001하, 1802),대법원 2002. 4. 10.자 2001모193 결정(공2002상, 1295),대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결(공2002상, 1186)/[5]대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159)

【전 문】

【피고인】 이00 외 1인
【상고인】 피고인들

【변호인】 변호사 김평우 외 4인
【원심판결】 서울지법 2001. 1. 17. 선고 99노11300 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다.

【이유】

1. 피고인 이00에 대한 판단

가. 원심의 판단

원심은, 그 판시 증거에 의하여 피고인 H증권 주식회사(이하 '피고인 H증권'이라 한다) 대표이사이던 피고인 이00이 같은 회사 상무이사이던 원심공동피고인과 공모하여, 피고인 H증권이 보유하고 있던 H전자 주식회사(이하 'H전자'라 한다) 발행의 전환사채 2,500억 원 상당 및 H증권의 상품계정 등에서 보유 중이던 H전자 주식 300만 주의 처분을 추진하기 위하여 위 각 회사들과 같은 계열사인 H중공업 주식회사(이하 'H중공업'이라 한다)와 H상선 주식회사(이하 'H상선'이라 한다)로부터 자금을 받아 이를 이용하여 H전자의 주식 시세를 올리기로 마음먹고, 1998. 5. 26.부터 같은 해 11. 12.까지 사이에 H증권에 개설된 H중공업과 H상선 명의의 계좌에서 주식을 매매하는 과정에서, 유가증권 시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 그 판시와 같이 종가결정을 위한 동시호가시간대에 53회에 걸쳐 합계 1,425,680주의 고가 매수주문을 내어 종가를 고가에 형성시키고, 1,023회에 걸쳐 합계 3,472,180주에 대하여 직전체결가 및 상대호가 대비 고가매수주문을 내어 장중시세를 인위적으로 상승시키는 시세변동 거래행위를 하고, 567회에 걸쳐 합계 2,103,290주에 대하여 장중 접속매매시 매매체결가능성이 없는 허위의 대량매수주문을 내어 매수세가 성황을 이루고 있는 듯이 보이게 하고, 60회에 걸쳐 합계 302,070주에 대하여 시초가 형성을 위한 동시호가시 호가잔량만 공개되는 점을 이용하여 매매체결가능성이 없는 낮은 가격에 대량의 허위 매수주문을 내 매수세가 성황을 이루고 있는 듯이 보이게 하여, 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하였다는 공소사실을 모두 유죄로 인정하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하는데(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 대법원

2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결 등 참조), 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니하고, 이러한 목적은 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 태양(순차적 가격상승주문 또는 가장매매, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관여 등), 그 유가증권의 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성 및 공정성 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결, 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결, 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결 참조).

이 사건 기록에 나타난 증거와 정황을 종합하면, 피고인 이00과 위 원심공동피고인에 의한 H전자 주식의 시세조종이 시작될 당시 H전자의 총발행 주식수는 56,000,316주이고, 위 주식은 당시 H그룹의 수장이던 정주영 및 그 일가, 그리고 나머지 H계열사들이 44,501,390주(79.47%), 기관투자자 등 법인 주주가 2,452,897주(4.38%), 일반 개인소액주주가 5,590,519주(9.98%), 기타 법인주주 2인이 3,445,510주(6.17%)를 각 소유하고 있었던 점, 당시 H전자 주식분포상황에서 보듯이 유통가능한 H전자 주식의 최대물량은 기관 및 개인소유 주식 8,043,416주(14.36%)였고, 실제로 가능한 유통물량은 이보다 현저히 줄어든다고 보이는 점, 피고인 이00과 H증권이 H중공업과 H상선과 함께 이 사건 H전자 주식매수에 동원하기로 한 자금의 규모는 2,200억 원으로서 H전자의 시세관여기간 전일(1998. 5. 25.)종가인 주가 14,800원으로 환산하면, 14,864,864주(단주 미만 버림)상당이 되고, 이는 위 최대 유통가능 주식물량의 1.84배에 이르는 물량인 점, 실제 H중공업과 H상선은 피고인 이00과 H증권을 통하여, 1차 주식매집기간인 1998. 5. 26.부터 같은 해 7. 2.까지는 총 5,199,770주(매수금액 1,169억 원 상당, 기간 중 거래량의 47.4% 매수, 일일분할매수 최대 149회, 일일거래량 중 최대 88.9% 매수)를 매수하여 주가를 최저 14,800원에서 최고 32,000원까지 상승시키고(상승률 116.2%), 1998. 7. 3.부터 11. 12.까지의 제2차 매집기간 중에는 총 3,743,480주(매수금액 965억 원 상당, 기간 중 주식거래량의 16.4% 매수, 일일분할매수 최대 135회, 일일거래량 중 최대 93.2% 매수)를 매수하여 주가를 최저 24,200원에서 최대 31,300원까지 상승시켜, 시세조종 기간 중 H중공업과 H상선의 주식매수를 위한 주문 규모는 14,048,500주, 금액으로는 3,361억 원, 그 거래 과정에서의 주가상승에 따라 실제 H중공업과 H상선이 사들인 H전자 주식의 규모는 8,943,250주, 금액으로는 2,134억 원 상당이 되는 점, 피고인 H증권은 위 시세조종행위가 시작될 당시 영업용순자본 비율의 제고를 통하여 회사의 대외적 신인도를 높일 필요성이 있었던 점, 실제 위 시세조종행위 시작 당시 피고인 H증권이 자신의 자산으로서 보유중이던 H전자의 주식은 모두 640,500주였는데, 위 시세조종기간 중의 매매를 통하여 H전자의 주식수는 시세조종행위 종료시점을 기준으로 772,380주로 모두 131,880주가 늘었고, 동 기간 중의 위 H전자 주식의 매매거래로 인한 수익은 실현손실과 평가손익을 감안하여 5,859,626,530원에 이르는 점, 또한 위 시세조종행위 시작당시 피고인 H증권이 자신의 자산으로서 가지고 있던 H전자의 전환사채 2,500억 원 상당도 시세조종행위의 종료시점을 기준으로 하여 H전자의 주가를 감안하면 9,037,416,000원의 평가이익이 있었고, 나중에 1998. 12. 28. 위 전환사채를 324,336,942,270원에 모두 H중공업과 H상선에 매각하면서

82,765,767,695원의 매각차익(피고인 H증권 자신의 분석에 의하면, 그 중 H전자의 주가상승으로 인한 이익부분은 17,939,281,756원이다)을 얻은 점, 기타 피고인 H증권은 자사의 상품계정 및 역외펀드 등에서 H전자 주식의 거래를 통하여 상당한 수익을 거둔 점, 피고인 H증권은 위와 같은 H전자의 주가상승으로 인한 이익으로 인하여 영업용 순자본의 비율이 상당부분 개선된 점 등 제반 정황이 인정되는바, 위와 같은 간접사실에 피고인 이00 등에 의한 이 사건 H전자의 주식매수에 동원한 구체적 매수방법 등을 감안하면, 피고인 이00에게는 위 증권거래법 소정의 유인목적이 있었다고 봄이 상당하고, 이와 같은 견해에서 피고인 이00의 시세조종의 범의와 유인목적을 인정하고 피고인 이00을 유죄로 판단한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 증권거래법 제188조의4 제2항 소정 목적에 관한 법리오해 혹은 H전자의 주가상승 원인 및 주가조작의 동기에 관한 채증법칙위반으로 인한 법령위반의 위법이 있다고 할 수 없다. 이 부분 피고인 이00의 상고이유는 이유 없다.

나아가, 이 사건 기록에 의하면 피고인 이00 및 H증권에 의한 H전자 주식의 시세조종기간 중 및 그 다음해 초에 걸쳐 H그룹의 창업주인 정00 등 정씨일가, 그리고 H계열사들이 자신들이 보유하고 있던 H전자 주식의 상당부분인 3,800만 주 이상을 고가에 처분한 사실이 엿보이기는 하지만, 가사 이 점을 들어 피고인 이00이 상고이유 보충서에서 주장하는 바와 같이 H전자 주식의 시세조종의 주된 동기가 정씨 일가 및 H계열사들의 주식처분에 있었다고 하더라도 위에서 본 바와 같은 피고인 H증권 자신의 이익을 위한 부분을 부정할 수 없는 이상 피고인 이00의 시세조종의 범의나 증권거래법상의 유인목적을 부정할 수는 없다고 할 것이다.

(2) 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지고(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결, 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결, 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1319 판결, 대법원 2002. 4. 10. 자 2001모193 결정, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결 등 참조), 공모공동정범에 있어서 공모나 모의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 그 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접 사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결 상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다(대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2654 판결, 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결, 대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결 등 참조).

원심이 그 거시 증거를 종합하여, 피고인 이00이 원심공동피고인에게 H전자의 주가를 높여가면서 매수하라는 지시를 한 사실을 인정하고, 위 두 사람을 공범으로 판단한 조치는 정당

하고, 거기에 공모공동정범에 관한 법리오해로 인한 법령위반의 잘못이 없다. 이 부분 피고인 이00의 상고이유는 이유 없다.

2. 피고인 H증권에 대한 판단

가. 원심의 판단

이 사건 제1심이 피고인 H증권에 대하여 벌금 70억 원을 선고한 것에 대하여, 원심은, 증권거래법 제207조의2 단서에 의한 벌금은 시세조종과 관련하여 발생한 이익을 기준으로 하여 산정하는 것으로, 그 이익의 귀속주체가 누구인지는 문제되지 않는 것이며, 또 주식매도를 통한 현실적인 시세차익을 얻은 바가 없더라도 인위적인 주가상승 자체로 이미 이익이 발생하는 것이고, 이 사건 시세조종기간 동안 H증권이 보유하고 있었던 H전자 주식이 300만 주 가량이었고, 이 기간 동안 종합주가지수와 전기전자업종지수가 하락하고 있는 상황이었는데도 H전자 주가는 최저 14,800원에서 최고 32,000원까지 상승하였으므로 H증권이 시세조종의 결과 얻은 주가상승이익만 하더라도 500억 원 이상(300만 주×주가상승액 17,200원)으로서, 제1심이 H증권에 대하여 선고한 벌금액은 법정 벌금형 범위 내임이 분명하다고 판시하여 제1심을 그대로 유지하였다.

나. 이 법원의 판단

(1) 이 사건 H전자 주식의 시세조종행위 당시 피고인 H증권의 대표이사이던 피고인 이00에 대하여 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 목적과 시세조종의 범의가 인정되는 점 및 피고인 이00이 위 원심공동피고인과 공모하여 H전자의 주식시세를 조종한 점은 앞서 본 바와 같다. 이 점에 대한 피고인 H증권의 상고이유는 이유 없다.

(2) 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 제2호는 같은 법 제188조의4의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고, 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있고(이 사건 이후 개정된 현재의 증권거래법 규정은 위 이익 또는 회피한 손실액에 따라 행위자를 가중처벌하고 있다), 같은 법 제215조는 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제207조의2 내지 제212조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당 조의 벌금형을 과한다고 규정하고 있는바, 법인의 대표자가 법인의 기관으로서 그 법인의 업무에 관하여 위와 같은 증권거래법 규정 위반의 행위를 한 경우 그 법인에 대하여 병과되는 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 소정 벌금형은 그 법인이 대표자의 위반행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 기준으로 그 상한이 정하여진다고 보아야 한다.

원심의 표현에 납득이 가지 않는 부분이 있으나, 결과적으로 피고인 H증권에 대한 벌금형을 정함에 있어 H증권이 얻은 이익 또는 회피한 손실액을 기준으로 하여야 한다는 점에서

그 판단은 정당하다. 이 점에 대한 피고인 H증권의 상고이유는 이유 없다.

(3) 구 증권거래법(2002. 4. 27. 법률 제6695호로 개정되기 전의 것) 제207조의2 단서에서 정하고 있는 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉, 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다고 할 것이고(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결 참조), 그와 같은 이익의 산정은 시세조종행위 개시 후 종료시점까지의 구체적 거래로 인한 이익 및 시세조종행위 종료 시점 당시 보유 중이던 시세조종 대상 주식의 평가이익 등이 모두 포함되어야 할 것이다.

(4) 그리고 벌금형의 상한이 되는 이익 또는 회피한 손실액의 3배가 되는 금액은 피고인에 대한 형을 정함에 있어 기준이 되는 중요한 요소라 할 것이므로 법원으로서는 기록에 나타난 자료를 이용하여 피고인이 증권거래법 제188조의4의 규정에 위반한 행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액을 산정한 후 그 범위 내에서 피고인에 대한 형을 정하는 것이 원칙이라 할 것인데, 제1심은 피고인 H증권에 대한 벌금형을 정함에 있어 그 형의 상한이 되는 이득액의 3배에 해당하는 금액이 얼마인지 전혀 밝히지 아니한 채 벌금형을 정하였고, 원심도, 시세조정기간 동안 H전자 주가가 최저 14,800원에서 최고 32,000원까지 상승한 바 있다는 이유만으로 피고인 H증권이 상품계정 및 역외펀드 등에서 보유 중이던 H전자 주식 300만 주에 대한 주가상승 이익만 하더라도 500억 원 이상이라고 하여, 전혀 합리성이 없는 근거에 기초한 최소한의 이익액을 적시한 후 제1심판결과 같은 벌금형을 유지하였다.

이 사건에서 피고인 H증권에 대하여 병과될 벌금액의 기준이 되는 "당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이익"은 피고인 H증권이 위와 같은 시세조종행위의 결과 얻은 이익을 기준으로 판단되어야 하고, 그와 같은 전체 행위로 인하여 피고인 H증권이 얻은 이익은 H증권 자신이 자신의 자산으로서 보유 중이던 H전자 주식의 매매를 통하여 얻은 이익과 잔존주식에 대한 시세조종행위 종료시점의 평가이익, 그리고 H증권이 자신의 자산으로서 보유 중이던 H전자 전환사채의 가치상승으로 인하여 얻은 평가이익 등이 모두 포함된다고 할 것인데, 앞서 피고인 이00에 대한 판단 부분에서 본 것과 같이 피고인 H증권이 이 사건 H전자주식의 시세조종행위를 통하여 얻은 이익은 피고인 H증권 자신이 이 사건 기록상 시인한 자료만을 기준으로 하여도 자산으로 보유 중이던 H전자 주식의 거래이익 및 시세조종행위의 종료시점에서의 잔존주식의 평가이익이 합계 금 5,859,626,530원이고, H전자의 전환사채 2,500억 원 상당의 평가이익이 금 9,037,416,000원으로서 위 이익의 합계가 금 14,897,042,530원에 이르므로 피고인 H증권에 대하여는 위 증권거래법 규정에 따라 기록상 분명한 위 위반행위로 얻은 이득액 금 14,897,042,530원의 3배에 상당하는 금액이하의 벌금형에 처할 수 있다고 할 것이다. 그런데 이 사건 제1심 및 원심에서 피고인 H증권에 대하여 선고된 벌금 70억 원은 기록상 인정되는 위 이득액에 의하여 산정되는 정당한 형의 범위 안에 있는 것이

명백하고, 기록에 비추어 살펴보면 그 형의 양정도 적정한 것으로 보여지는바, 그렇다면 원심이 위와 같은 벌금형을 정함에 있어 그 기초가 되는 피고인 H증권이 얻은 이익 및 이로 인하여 정하여지는 벌금형의 범위를 분명히 하지 아니하는 등 잘못을 하기는 하였지만, 증권거래법이 시세조종행위를 한 자에 대하여 위반행위로 인하여 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 범위 내에서 형을 정하도록 하지 아니하고 그 3배에 해당하는 금원 이하에 해당하는 금액 상당의 벌금형을 부과하도록 한 입법취지 등에 비추어 원심이 정당한 형의 범위 내에서 피고인 H증권에 대하여 적정한 벌금형을 선고하였다고 판단되는 이 사건에 있어서 위와 같은 원심의 잘못은 판결에 영향이 없다고 할 것이다. 결국 피고인 H증권의 상고는 모두 이유 없다.

3. 결 론

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 이강국(재판장) 유지담(주심) 배기원 김용담

□ 대법원 2003. 11. 14. 선고 2003도686 판결

【판시사항】

[1] 구 증권거래법 제188조의4 제4항 소정의 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 하였는지 여부의 판단 기준

[2] 주주총회의 결의를 거쳐 회사의 사업목적을 추가하는 정관변경을 한 다음 그 사실을 공시하거나 기사화한 것이 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 한 것으로 볼 수는 없다고 한 사례

[3] 구 증권거래법 제188조의4 제4항의 규정 취지 및 그 판단 기준

[4] 구 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 이 경우 양도소득세가 공제 대상인 거래비용에 포함되는지 여부(소극)

[5] 구 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위의 금지 대상이 되는 "당해 정보를 받은 자(소위 정보수령자)"의 의미

【판결요지】

[1] 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 하였는지 여부는 공시내용 자체가 허위인지 여부에 의하여 판단하여야 할 것이지 실제로 공시내용을 실현할 의사와 능력이 있었는지 여부에 의하여 판단할 것은 아니다.

[2] 주주총회의 결의를 거쳐 회사의 사업목적을 추가하는 정관변경을 한 다음 그 사실을 공시하거나 기사화한 것이 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 한 것으로 볼 수는 없다고 한 사례.

[3] 구 증권거래법 제188조의4 제4항이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

[4] 구 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용을 공제한 나머지 순매매이익을 의미하며, 이 경우 양도소득세는 공제 대상인 거래비용에 포함되지 아니한다.

[5] 구 증권거래법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위의 금지 대상이 되는 "당해 정보를 받은 자(소위 정보수령자)"란 같은 조 제1항 각호에 해당하는 자로부터 이들이 직무와 관련하여 알게 된 당해 정보를 전달받은 자를 말한다.

【참조조문】

[1]구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항/ [2]구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것) 제186조 제1항 제4호,제188조의4 제4항/ [3]구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것) 제188조의4 제4항/ [4]구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것) 제207조의2/ [5]구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것) 제188조의2 제1항

【참조판례】

[3]대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결(공2001상, 578),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100),대법원 2003. 1. 10. 선고 2002도6053 판결/[4]대법원 2002. 6. 14.

선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 1인
【상고인】 피고인들 및 검사
【변호인】 변호사 민경도 외 1인
【원심판결】 서울지법 2003. 1. 22. 선고 2002노5173 판결

【주문】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울지방법원 본원 합의부에 환송한다. 피고인 2및 검사의 상고를 모두 기각한다.

【이유】

1. 피고인 1의 상고이유에 대하여

가. 원심판결 이유에 의하면, 원심은 이 사건 공소사실 중 피고인이 주식회사 화승강업(이하 '화승강업'이라 한다)을 인수한 후 당시 주식시장의 테마를 형성하고 있던 A&D(인수 후 개발) 및 정보통신관련 사업체의 주식에 대한 일반 투자자들의 높은 관심을 이용하여, 마치 향후 위 회사를 정보통신 및 인터넷 관련 사업체로 발전시키기 위하여 지속적인 투자가 이루어질 것처럼 관련 호재성 재료를 허위 공시하는 등의 방법으로 주가를 상승시킨 후 인수한 주식을 처분하여 부당한 시세차익을 취득하기로 마음먹고, 정보통신 관련 분야의 사업을 추진할 만한 능력은 물론 그러한 의사도 없었음에도 불구하고, 2000. 7. 19. 이사회 결의사항으로 위 회사의 사업목적에 '정보통신관련 등' 사업 내용을 추가한다는 내용의 안건을 임시주주총회에 부의하였고, 같은 해 8. 18. 위 안건이 주주총회에서 의결됨으로써 확정되었다는 내용을 협회 전산망을 통하여 각각 공시하고, 그와 같은 내용이 같은 해 8. 19.자 머니 투데이와 8. 20.자 한국경제신문에 기사화 되도록 함으로써 마치 화승강업이 A&D를 본격화하여 향후 지속적인 투자가 진행될 것처럼 고의로 허위의 사실을 유포하거나 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 하여 타인에게 오해를 유발하게 하였다는 취지의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 원심의 위와 같은 판단은 다음과 같은 점에서 수긍하기 어렵다.

위 공소사실 중 피고인이 공시하거나 기사화하였다는 내용(이하 '공시내용'이라고 한다)은 " 화승강업이 2000. 7. 19. 이사회 결의사항으로 회사의 사업목적에 '정보통신관련 등' 사업 내용을 추가한다는 내용의 안건을 임시주주총회에 부의하였고, 같은 해 8. 18. 위 안건이 주주총회에서 의결됨으로써 확정되었다."는 것이고, 원심은 이것을 들어 피고인이 화승강업을 통하여 정보통신 관련 분야의 사업을 추진할 만한 능력은 물론 그러한 의사가 없음에도 주가

하락중이던 화승강업 주식의 고가매도를 위하여 공시내용을 공시하고 기사화하였으므로 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 한 것이라고 판단하고 있다.

그러나 피고인이 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 하였는지 여부는 공시내용 자체가 허위인지 여부에 의하여 판단하여야 할 것이지 피고인이 실제로 정보통신관련 등 사업에 투자를 할 의사와 능력이 있었는지 여부에 의하여 판단할 것은 아니라고 할 것인바, 기록에 의하면 화승강업이 공시내용과 같이 주주총회의 결의를 거쳐 회사의 사업목적에 '정보통신관련 등' 사업 내용을 추가하는 정관변경을 한 사실을 알 수 있으므로 공시내용 자체가 허위라고 볼 수 없고, 한편, 구 증권거래법(2001. 3. 28 법률 제6423호로 개정되기 전의 것, 이하 '법'이라 한다) 제186조 제1항 제4호에 의하면 "사업목적의 변경에 관한 결의가 있은 때"에는 그 사실을 반드시 공시하도록 되어 있으므로, 가사 피고인이 처음부터 정보통신관련 등 사업에 투자를 할 의사와 능력이 없었다거나 공시를 한 후 실제로 정보통신관련 등 사업을 추진하지 아니하였다 하더라도, 위 사실을 공시하거나 기사화한 것이 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 한 것으로 볼 수는 없다 할 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이, 피고인이 정보통신관련 등 사업에 투자를 할 의사와 능력이 없었다거나 공시를 한 후 실제로 정보통신관련 등 사업을 추진하지 아니하였다는 이유만으로 허위사실을 유포하거나 허위의 표시를 한 것으로 판단하여 위 공소사실을 유죄로 인정한 것은 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나 증권거래법에 관한 법리를 오해함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법을 저지른 경우에 해당한다 할 것이므로, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 그 이유 있다.

나. 법 제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실은 그 취지에 비추어 볼 때 원칙으로 법 제188조의4 제4항 제2호 소정의 "중요한 사항"에 해당한다 할 것인바, 법 제186조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사실로서 같은 조항 제13호는 "법인의 경영·재산 등에 관하여 중대한 영향을 미칠 사항으로서 대통령령이 정하는 사실이 발생한 때"를 규정하고 있고, 이에 따른 법시행령 제83조 제3항은 위 대통령령이 정하는 사실의 하나로 같은 조항 제1호에서 "최대주주, 주요주주 또는 계열회사의 변동이 있은 때"를, 제7호에서 "유가증권의 공정거래와 투자자보호를 위하여 필요한 사항으로서 금융감독위원회가 정하는 사실이 발생한 때"를 각 규정하고 있으며, 법시행령 제83조 제3항 제7호에 따라 유가증권의발행및공시등에관한규정 제69조 제1항 제2호는 "당해 법인의 기업경영환경에 중대한 변경을 초래할 수 있는 다음 각목의 1에 해당하는 사실 또는 결정이 있을 때"를 규정하고 그 (자)목에서 "최대주주, 주요주주.....계열회사가 변경된 때"를 규정하고 있으므로, 피고인이 2000. 6. 17. 제출한 대량보유보고서에 기재된 판시 허위사실들은 화승강업의 최대주주 또는 주요주주에 관한 사항으로서 화승강업의 경영에 관하여 중대한 영향을 미치거나 화승강업의 기업환경에 중대한 변경을 초래할 수 있는 사실로서 일반 투자자의 투자판단에 영향을 미칠 수 있는 사실에 해당한다고 할 것이어서 원칙으로 법 제188조의4 제4항 제2호 소정의 "중요한 사항"에 해당한다 할 것이므로, 같은 취지의 이 부분 원심 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 증권거래법에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

다. 법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻

기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고, 같은 항 제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시가 된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있는바, 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결 참조), 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다고 할 것이다(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결, 2003. 1. 10. 선고 2002도6053 판결 등 참조).

기록에 의하면, 피고인은 당초 이 사건 주식을 취득할 당시부터 주식취득자금을 마련할 목적으로 차용한 금원을 반환하는 데 사용하기 위하여 다른 사람의 이름으로 취득한 주식을 조만간에 매도할 계획이 있었고, 실제로 피고인은 주당 1,900원에 다른 사람의 이름으로 취득하였던 주식을 2000. 8. 22. 및 같은 달 23. 그 중 1,068,000주를 주당 3,940원에, 392,000주를 주당 4,000원에 전부 매도하여 막대한 차익을 남긴 사실을 알 수 있으며, 최대주주가 보유 주식을 매도할 경우 주가에 부정적인 영향을 미치게 되므로 피고인은 판시와 같이 대량보유보고서에 자신이 매수한 주식을 타인이 보유하는 것으로 기재함으로써 주가에 충격을 주지 않으면서 주식을 매도하는 이익을 도모할 수 있었던 것으로 인정되는 점, 이 사건 주식 취득자금 중 일부는 차입금인데도 대량보유보고서에 자기자금으로만 주식을 취득한 것으로 기재한 것은, 이 사건 주식 양수를 통하여 화승강업을 사실상 인수하고 화승강업의 경영권을 획득한 피고인이 자신의 재무구조가 실제보다 더 충실한 것으로 보이게 함으로써 인수한 회사인 화승강업의 신인도 제고라는 무형적 이득과 함께 주가의 상승이라는 유형적 이득을 도모하기 위한 것이라고 볼 것인 점, 특히 피고인이 화승강업을 인수하고 경영권을 획득하자마자 회사의 사업목적에 '정보통신관련 등' 사업 내용을 추가하는 정관변경을 하고 이를 공시한 점에 비추어 볼 때 화승강업의 인수자금 중 상당부분을 단기 차입금에 의존할 정도여서 별다른 자금 여력이 없는 피고인이 주식취득자금이 전부 자기자금인 것으로 공시하여 정보통신 관련 분야의 사업을 추진할 만한 자금능력이 있는 것으로 보이게 함으로써 투자자들의 관심을 끌고 주가의 상승을 가져올 수 있을 것으로 보이는 점 등 기록에 나타난 제반 사정과 위에서 본 법리에 비추어 보면, 원심이 피고인이 허위의 대량보유보고서를 제출한 행위를 법 제188조의4 제4항 소정의 '부당한 이득을 얻기 위한 행위' 또는 '금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위'로 보고, 그 행위와 피고인이 얻은 이득 사이에 인과관계를 인정하는 취지로 판단하여 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당한 것으로 수

긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 잘못 인정하거나 증권거래법 및 인과관계에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

라. 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용을 공제한 나머지 순매매이익을 의미하며(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결, 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결 등 참조), 이 경우 양도소득세는 공제 대상인 거래비용에 포함되지 아니한다 할 것이다.

이와 같은 취지에서, 원심이 판시 위반행위로 인하여 피고인 1이 얻은 이익이 금 2,980,062,010원이라고 본 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'에 관한 법리를 오해하고 심리를 다하지 아니한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여

피고인이 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 내세운 경우 이를 일부 인용한 원심판결에 대하여 피고인으로서는 법리오해의 점을 상고이유로 삼을 수 없을 뿐만 아니라(대법원 1995. 2. 3. 선고 94도2134 판결 참조), 관계 법령과 원심이 인용한 제1심판결 채용 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 위 피고인에게 판시와 같은 벌금형을 병과한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 벌금형 병과에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 검사의 상고이유에 대하여

기록에 의하면, 피고인 1과 이 사건 주식 290만 주에 대한 매매 및 회사인수계약을 체결한 계약의 상대방은 화승강업 주식의 40%를 보유하고 있던 주식회사 화승알엔에이(R&A)(이하 '화승'이라 한다)인 사실을 알 수 있고, 화승강업과 화승이 실질상 동일한 회사라거나 화승의 대표이사인 현00이 화승강업을 대리하여 계약을 체결하였다고 볼 아무런 자료도 기록상 발견할 수 없으며, 법 제188조의2 소정의 미공개정보 이용행위의 금지 대상이 되는 "당해 정보를 받은 자(소위 정보수령자)"란 같은 조 제1항 각 호에 해당하는 자로부터 이들이 직무와 관련하여 알게 된 당해 정보를 전달받은 자를 말한다 할 것인바, 기록에 의하면 피고인 1이 법 제188조의2 제1항 각 호에 해당하는 자로서 화승강업의 주요주주인 화승으로부터 전달받았다는 이 사건 공소사실 기재 당해 정보인 "화승이 위 피고인에게 화승강업 주식 290만 주를 양도하여 화승강업의 경영권을 양도한다."는 정보는 화승이 그 소유의 주식을 위 피고인에게 처분함으로써 스스로 생산한 정보이지 직무와 관련하여 알게 된 정보가 아니고, 위 피고인은 당해 정보를 화승으로부터 전달받은 자가 아니라 화승과 이 사건 주식 양수계약을 체결한 계약 당사자로서 화승과 공동으로 당해 정보를 생산한 자에 해당한다 할

것이므로, 원심이 위 피고인이 법 제188조의2 제1항 제4호 의 "당해 법인과 계약을 체결하고 있는 자" 또는 법 제188조의2 제1항 소정의 "당해 정보를 받은 자"에 해당하지 아니한다고 판단한 것은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 증권거래법상의 내부자거래에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

4. 결 론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분은 그 중 위 피고인의 상고가 이유 있는 부분과 이유 없는 부분이 포괄일죄의 관계에 있으므로 이를 전부 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하며, 피고인 2및 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 고현철(재판장) 변재승 윤재식(주심) 강신욱

□ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결

【판시사항】

[1] 주식시세조종의 목적으로 허위매수주문행위, 고가매수주문행위 및 통정매매행위 등을 반복한 경우의 죄수(=포괄일죄)

[2] 공소사실의 본문에 피고인이 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 점이 명시되어 있지 않지만 공소장에 첨부된 자료를 종합하면 이를 인정할 수 있고, 검사 또한 이를 전제로 구형을 하고 있다면, 공소장변경절차 없이 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과함을 전제로 피고인을 처단한 것이 불고불리의 원칙에 위배되지 않는다고 한 사례

[3] 증권거래법 제207조의2 단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'의 의미

[4]증권거래법 제207조의2가 그 규정상의 이익액을 산출해 낼 합리적인 해석 기준이 불명확하여 죄형법정주의에 위반되는지 여부(소극)

【판결요지】

[1] 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 모두 포괄하여 일죄로 처단하여야 할 것인바, 주식시세조종의 목적으로 허위매수주문행위, 고가매수주문행위 및 통정매매행위 등을 반복한 경우, 이는 시세조종 등 불공정거래의 금지를 규정하고 있는증권거래법 제188조의4에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익

의 동일성도 인정되므로,증권거래법 제188조의4소정의 불공정거래행위금지위반의 포괄일죄가 성립한다.

[2] 공소장의 공소사실 본문에 피고인이 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 점이 명시되어 있지 않으나, 공소장의 본문의 내용과 일체가 되어 공소사실을 이루는 공소장에 첨부된 별지에 피고인이 얻은 이익 등을 산정할 수 있는 기초자료가 명시되어 있고 그 기재를 종합하면 피고인이 얻은 이익 등의 3배액이 2천만 원을 초과한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 검사 또한 이를 전제로 하여 구형하고 있다면, 피고인에 대한 공소사실에는 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 포함되어 있다고 볼 수 있으며, 이렇게 보더라도 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다 할 것이므로, 공소장변경절차를 거치지 아니하고 피고인이 시세조종 등 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과함을 전제로 하여 피고인을 처단한 것이 불고불리의 원칙에 위배되지 않는다고 한 사례.

[3]증권거래법 제207조의2단서는 같은 법 제188조의4규정에 위반한 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 여기에서 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다.

[4] 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌바, 증권거래법 제207조의2의 규정상의 이익액을 산출해 낼 합리적 해석기준이 분명하여 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반되지 않는다.

【참조조문】

[1]형법 제37조, 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항, 제207조의2/ [2]증권거래법 제207조의2,형사소송법 제254조, 제298조/ [3]증권거래법 제188조의4,제207조의2/ [4]증권거래법 제207조의2,헌법 제12조

【참조판례】

[1][3]대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741)/[1]대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결(공1996상, 1649),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100),대

법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결(공2002하, 2127)/[4]대법원 1998. 6. 18. 선고 97도2231 전원합의체 판결(공1998하, 1936),대법원 1999. 10. 12. 선고 99도2309 판결(공1999하, 2379),대법원 2000. 11. 16. 선고 98도3665 전원합의체 판결(공2001상, 100),대법원 2001. 11. 13. 선고 2001도3531 판결(공2002상, 122)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 1인
【상고인】 피고인들
【변호인】 변호사 안용득 외 2인
【원심판결】 부산지법 2002. 4. 4. 선고 200 1노3778 판결

【주문】

원심판결 중 피고인2에 대한 부분을 파기하고 사건을 부산지방법원 본원 합의부에 환송한다. 피고인1의 상고를 기각한다.

【이유】

상고이유를 판단한다.

1. 사실오인 및 그와 관련된 법리오해의 점 등에 대하여

원심의 채택증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인들의 공모관계를 포함하여 이 사건 각 범죄사실에 대하여 그 증명이 있다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 법리오해 등 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

상고이유에서 들고 있는 대법원판결은 사안을 달리하는 것으로 이 사건에 원용하기에 적절한 것이 아니다.

2. 죄수에 관한 법리오해의 점에 대하여

동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 모두 포괄하여 일죄로 처단하여야 할 것이다(대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결). 원심이 확정한 사실과 기록에 의하면 피고인들은 공모하여 상장유가증권인 영남제분 주식회사의 주식이나 삼영케블 주식회사의 주식 또는 주식회사 크린엔사이언스의 주식의 시세를 조정하려는 목적으로 범죄사실 제1항 내지 제5항의 각 항 별로 여러 차례에 걸쳐 증권거래법 제188조의4의 제2항 제1호전단의 허위매수 주문행위와 같은 호 후단의 고가매수 주문행위 등을 반복하거나 또는 그러한 행위와같은 조의 제1항 제1호, 제2호의 통정매매행위 등을 반복하였음을 알 수 있는바, 이는 시세조종 등 불

공정거래의 금지를 규정하고 있는 증권거래법 제188조의4에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 사건 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되므로(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결참조),원심이 피고인들의 행위가 위 범죄사실 각 항별로 증권거래법 제207조의2,제188조의4소정의 불공정거래행위금지위반의 포괄일죄가 성립한다고 판단한 것은 원칙적으로 정당하고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 위법이 있다고 할 수 없다.

다만, 피고인들에 대하여 원심이 인정한 범죄사실 제1항 및 제2항의 각 행위들은 모두 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 것으로 보여 각 항별로 일죄가 되는 것이 아니라, 그 행위 전부가 포괄하여 일죄가 되어야 할 것으로 보이므로 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유가 있다고 할 것이나, 원심판결에 위와 같은 잘못이 있다 하더라도 범죄사실 제3항 내지 제5항의 각 죄가 있어 어차피 경합가중 되었어야 할 것인데다가, 위와 같은 잘못으로 인하여 처단형이 가중되는 것도 아니고, 기타 사유로 피고인들에게 불리하게 되거나 그 방어권을 침해하였다고 할 수도 없어, 이는 판결에 영향을 미친 것이라 볼 수 없다.

3. 불고불리의 원칙 위배에 관한 법리오해의 점에 대하여

불고불리의 원칙상 검사의 공소제기가 없으면 법원이 심판할 수 없는 것이고, 법원은 검사가 공소 제기한 사건에 한하여 심판을 하여야 하는 것이며, 피고인2에 대한 공소장의 공소사실 본문에 같은 피고인이 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 점이 명시되어 있지 아니한 점은 상고이유에서 지적하는 바와 같다. 그러나 공소장의 본문의 내용과 일체가 되어 공소사실을 이루는 공소장에 첨부된 별지에, 같은 피고인의 시세조종 등의 행위와 관련한 매도·매수·주식의 수, 거래회수, 그 금액 등이 구체적으로 기재되어 있어 피고인이 얻은 이익 등을 산정할 수 있는 기초자료가 명시되어 있고, 그 기재를 종합하여 판단하면 피고인이 얻은 이익 등의 3배액이 2천만 원을 초과한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라, 검사 또한 같은 피고인이 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과함을 전제로 하여 피고인에 대하여 징역 5년 및 벌금 200억 원을 구형하고 있는바, 사정이 이러하다면, 같은 피고인에 대한 공소사실에는 시세조종 등의 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과한다는 사실이 포함되어 있다고 볼 수 있으며, 이렇게 보더라도 같은 피고인의 방어권 행사에 실질적인 불이익을 초래할 염려가 없다 할 것이므로, 원심이 공소장변경절차를 거치지 아니하고 같은 피고인이 시세조종 등 행위로 얻은 이익 등의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과함을 전제로 하여 같은 피고인을 처단한 것은 불고불리의 원칙에 위배된다고 할 수는 없다.

4.증권거래법 제207조의2소정의 "이익액"의 위헌성에 관한 법리오해의 점에 대하여

증권거래법 제207조의2단서는 법 제188조의4규정에 위반한 행위로 얻은 이익 또는 회피한

손실액의 3배에 해당하는 금액이 2천만 원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 여기에서 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다고 할 것이다(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결참조).

한편, 처벌법규의 입법목적이나 그 전체적 내용, 구조 등을 살펴보아 사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로서 그의 구성요건 요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아닌바(대법원 2000. 11. 16. 선고 98도3665 전원합의체 판결), 위에서 본 바와 같이 이 사건 공소사실에 적용될 법규인 위 증권거래법 제207조의2의 규정상의 이익액을 산출해 낼 합리적 해석기준이 분명하여 처벌규정으로서의 명확성을 지니는 것이어서 헌법 제12조의 죄형법정주의에 위반되지 않는다. 따라서 증권거래법 제207조의2의 이익액의 계산이 불명확한 것이어서 죄형법정주의에 위반된다는 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

다만, 원심으로서는 마땅히 위 방식에 따라 이익액을 산정하였어야 함에도 불구하고 원심은 그 법리를 오해한 나머지 위 방식에 따르지 아니하고 이 사건 각 행위로 인한 시세차익을 구한 다음, 거기에 해당 주식에 대한 피고인2와 관련된 일별(日別) 거래량을 전체 거래량으로 나눈 값으로 구한 소위 시세조종 관여율을 곱하여 이익액을 산출한 잘못을 범하고 말았으니(기록상 거래비용이 얼마인지 심리되어 있지 않고 원심이 이익액을 산정함에 있어 거래비용을 고려하였는지 분명하지 않다), 이 점을 지적하는 취지가 포함된 상고이유의 주장은 정당하다.

5. 결 론

그러므로 피고인2에 대하여는 원심을 파기하고 그 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하고, 피고인1의 상고는 기각하기로 관여 대법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 조무제(재판장) 유지담 강신욱(주심) 손지열

□ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2001도4947 판결

【판시사항】

[1] 금융기관의 임직원이 타인에게 자금을 대출하면서 합리적인 자금회수조치를 취하지 아니한 경우 배임죄의 성립 여부(적극)

[2] 시세조종 등의 금지에 관한증권거래법 제188조의4 제2항소정의 '매매거래를 유인할 목적'의 의미 및 같은 항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[3] 공모공동정범의 성립 요건

[4] 피고인이 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모 및 범의를 부인하는 경우, 그 입증 방법

[5] 증권거래법위반죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례

[6] 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 통정매매 행위, 허위매수주문행위, 고가매수주문행위 등의 불공정거래 행위를 반복한 경우의 죄수(=포괄일죄)

[7]형법 제37조전단의 경합범에 대하여 일부 유죄, 일부 무죄를 선고한 항소심 판결에 대하여 쌍방이 상고를 제기하였으나, 검사의 상고만 이유 있는 때의 파기 범위

【판결요지】

[1] 금융기관의 대출에 있어 대출을 받는 자가 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다.

[2]증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[3] 2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의

결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다.

[4] 공모공동정범에 있어서 공모나 모의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 그 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접 사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 한다.

[5] 주식매집을 통한 주가상승의 부분에 대하여 공모가 인정된다면 이를 위하여 한 구체적인 행위 중 시세변동 거래행위 이외에 이에 부수적으로 수반될 것으로 예상되는 거래상황 오인·오판 목적의 통정매매 및 매매거래 유인목적의 거래상황 오인행위 부분도 모두 공모자들 사이에 묵시적으로 의사의 연락이 있었다고 보는 것이 타당하다고 하여 증권거래법위반죄의 공모공동정범이 성립한다고 한 사례.

[6] 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것인바, 상장유가증권인 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 단일하고 계속된 목적과 범의하에, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 주식의 통정매수, 유가증권시장에서의 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가매수주문하는 방법으로 매매거래를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 주식시세를 상승시키는 매매거래, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하여 매수세를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 주식에 대한 대량의 허위매수주문 등의 불공정거래행위를 하였다면, 이는증권거래법 제188조의4의 각 항과 각 호에서 정하고 있는 불공정거래행위에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되어, 위 각 행위는 모두 포괄하여증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제1항 제2호,제2항 제1호소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄가 성립된다.

[7] 수개의 범죄사실에 대하여 항소심이 일부는 유죄, 일부는 무죄의 판결을 하고, 그 판결에 대하여 피고인 및 검사 쌍방이 상고를 제기하였으나, 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 이유 없고, 무죄 부분에 대한 검사의 상고만 이유 있는 경우, 항소심이 유죄로 인정한 죄와 무죄로 인정한 죄가형법 제37조전단의 경합범 관계에 있다면 항소심판결의 유죄 부분도 무죄 부분과 함께 파기되어야 한다.

【참조조문】

[1]형법 제356조/ [2]증권거래법 제188조의4 제2항/ [3]형법 제30조/ [4]형법 제13조,제30조, 형사소송법 제307조/ [5]형법 제30조,형사소송법 제307조,증권거래법 제188조의4 제1항,제2항 / [6]형법 제37조,증권거래법 제188조의4 제1항 제2호,제2항 제1호,제207조의2 제2호/ [7]형법 제37조,형사소송법 제383조,제391조

【참조판례】

[1]대법원 1990. 11. 13. 선고 90도1885 판결(공1991, 134),대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(공2000상, 1011),대법원 2002. 6. 28. 선고 2000도3716 판결(공2002하, 1877),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100)/[2]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100)/[3]대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(공2000상, 1011),대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결(공2000하, 1911),대법원 2000. 11. 10. 선고 2000도3483 판결(공2001상, 91),대법원 2001. 6. 29. 선고 2001도1319 판결(공2001하, 1802),대법원 2002. 4. 10.자 2001모193 결정(공2002상, 1295),대법원 2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결(공2002상, 1186)/[4]대법원 1998. 11. 24. 선고 98도2654 판결(공1999상, 81),대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(공2000상, 1011),대법원 2000. 7. 7. 선고 2000도1899 판결(공2000하, 1911)/[6]대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결(공1996상, 1649),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741),대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결(공2002하, 2100), 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002도1855 판결(공2002하, 2159)/[7]대법원 1997. 6. 13. 선고 96도2606 판결(공1997하, 2093),대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결(공2000하, 1700),대법원 2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결(공2001상, 229)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인 및 검사
【변호인】 변호사 조용완
【원심판결】 서울고법 200 1. 9. 5. 선고 2001노1397 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 이 사건을 서울고등법원으로 환송한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1. 피고인의 상고이유에 대한 판단

가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 종합금융회사에관한법률위반의 점에 관한 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 및 법리오해 주장에 대하여

(1) 원심은, 이 사건 공소사실 중 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 종합금융회사에관한법률위반의 점에 대하여, 그 거시 증거를 종합하여, 피고인은 증권사 1의 대표이사인 동시에 증권사 1이 그 발행주식의 27%를 소유하고 있는 종금사 2의 비상근이사로서 이사회 의장인공소외 1의 부재시의 대행자 겸 대출심사위원장이고, 증권사 1, 종금사 2등이 속한 외국 대기업 그룹이 처음 국내에 진출할 당시 유일한 한국인으로 그룹회장인 공소외 2의 각별한 신임을 받고 있었던 사실, 피고인은 이 사건 대출 이전에 이미 진00의 부탁으로 증권사 1에서 위 진00의 계열사인 시그마창업투자주식회사로 1999. 10. 14. 80억 원을, 같은 해 12. 14. 200억 원을 각 콜론 형식으로 대출해 주었으나 이 사건 대출일까지도 위 대출금이 상환되지 못하고 있는 것을 잘 알고 있었던 사실, 이 사건 대출이 이루어지기 전날 진00은 피고인과 종금사 2의 자금담당 이사공 소외 3을 자신의 집으로 차례로 불러 종금사 2에서 자신의 계열사로 대출을 하여 줄 것을 부탁하였고, 이에 피고인은 다음 날 종금사 2의 영업담당이사인 이영근에게 수회 전화를 하여 종금사 2에서 진00의 계열사인 H창업투자 주식회사(이하 'H창투'라 한다)로 600억 원의 콜론 형식 대출이 성사되도록 힘써 달라는 취지로 이야기한 사실, 위공소외 3이사 또한 위공소외 4이사에게 피고인이 큰 자금이 급히 필요한 업체가 있으니 대출을 부탁한다는 취지의 이야기를 하였고, 종금사 2의 대표이사인공소외 5은 위공소외 4이사와공소외 3이사로부터 H창투에 콜거래 600억 원을 지원해 달라는 피고인의 부탁이 있었다는 이야기를 들은 후 대주주인증권사 1에서도 양해가 된 사항으로 생각하고 진00의 요청에 따라 H창투에 대한 신용조사도 하지 않고 제대로 된 담보도 제공받지 않은 상태에서 투자유가증권 목록만을 제공받고 대출한도를 초과한 600억 원을 대출해 주게 된 사실, 대출 직후 위공소외 4이 피고인에게 대출이 되었다는 전화를 하자 피고인은 그에게 자신이 잘 해결해서 다치지 않도록 할 테니 걱정하지 말라는 취지의 대답을 하기까지 한 사실을 인정한 다음, 피고인의종금사 2에서의 위치 및 종금사 2에 대한 영향력, 증권사 1과종금사 2과의 관계, 피고인의 대출을 전후한 행적 등에 비추어 보면 피고인이 비록종금사 2의 대출과 관련하여 정식 결재권자는 아니었다 하더라도 종금사 2의 임원이자 공소외 1부재시의 대출심사위원장으로서 이러한 대출이 규정을 무시한 무리한 대출이라는 사실을 알았음에도 적극적으로 대출에 대한 반대의사를 표명하기는커녕 H창투에 대출이 되도록 전화 통화 등 직·간접적인 방법으로 결재권자에게 영향력을 행사함으로써 결재권자인 원심 공동피고인 공소외 5와 공모하여 업무상배임의 죄를 범하였다고 봄이 상당하다고 판단하였다.

(2) 업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 임무에 위배하는 행위라 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 포함하고 그러한 행위가 법률상 유효한가 여부는 따져볼 필요가 없고(대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결,2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결,2001. 9. 28. 선고 99도2639 판결 등 참조), 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한

경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다고 할 것이므로(대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결,2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결 등 참조),금융기관의 대출에 있어 대출을 받는 자가 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다고 할 것인바(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결참조), 원심이 판시한 바와 같이 피고인이 이 사건 대출에 직접 관여한 점이 인정되는 외에 종금사 2이 H창투로부터의 자금회수가 의심됨에도 불구하고 그 대출을 위한 사전 조사와 사후 대비를 하지 않았다면 이 사건 대출이 피고인이 주장하는 바와 같은 금융기관 사이의 초단기대출인 콜자금 대출이라고 하여도 배임죄의 성립을 부인할 수는 없다고 할 것이고, 따라서 이와 같은 취지의 원심 판단에 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 피고인의 이 부분 상고는 이유 없다.

나. 증권거래법위반의 점에 대한 채증법칙 위반으로 인한 사실오인 및 법리오해 주장에 관하여

(1) 원심은, 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 매매거래유인목적의 시세변동거래행위 부분에 관한 증권거래법위반의 점에 대하여, 그 거시 증거를 종합하여, 증권사 1은 1954. 8. 30. 설립하여 1988. 8. 25. 상장 등록된 증권회사로서 자본금이 2000. 2. 7. 이전에는 73,670,075,00원(보통주 8,688,385주, 우선주 6,045,630주, 합계 14,734,015주)이고 2000. 2. 7. 감자 및 액면 분할하여 자본금이 66,113,038,000원(66,113,038주)이 되었으며 주요주주는 홍콩계 회사로서 공소외 2이 대표이사로 있는 외국회사와 진00이 대주주로 있는 엠씨아이코리아(MCI Korea)가 공동으로 투자하여 설립한 케이오엘(KOL, Korea Online)이며 위 회사가증권사 1의 주식 69.95% 가량을 직·간접적으로 소유하고 있었던 사실, 그런데 1999. 10. 5.경 피고인은 홍콩에서 공소외 2의 부탁으로 진00에게 국제전화를 하여 공소외 2가증권사 1주식 1,000만 $ 상당을 구입해 주면 두 달 이내에 원금에 연 15%의 금리를 가산하여 되사주겠다고 한다면서 지금 해외에서자신이 회장으로 있는 그룹의 로드쇼 중이고 주가가 높아야 높은 가격에 펀딩을 할 수 있는데 지금은 주가가 너무 낮아서 로드쇼를 하기도 힘들다라는 취지의 전화 통역을 한 사실, 이에 위 진00은 같은 해 10. 7.경부터 같은 해 11. 17.경 사이에 미화 1,000만 $ 이상의증권사 1주식을 매집하면서 전일의 종가 또는 직전가보다 고가의 매수주문을 하고 장중거래에서도 직전가 또는 상대호가에 비하여 고가의 매수주문을 하는 등 이 사건 고가 매수거래를 하여 주가를 인위적으로 고가로 형성시켰고 위 주식을 매입하는 데 자금이 부족하자 위 진00은위 그룹과 연락하여 그 중 80억 원 가량은 증권사 1으로부터 이를 대출 받는 형식으로 지원 받아 주식을 매수하기까지 한 사실, 당시 발행된 증권사 1전체 주식 약 860만 주 중 케이오엘(KOL)이 소유하고 있는 주식 69.95%와 증권금융에서 보유하고 있는 5%를 제외하면 시중에 유통 중인 주식은 약 25%에 불과하고 당시 1주당 가격을

14,900원으로 계산한다면 미화 1,000만 $ 상당은 시중 유통물량의 약 절반 가량을 매입할 수 있는 막대한 규모의 자금인 사실, 실제로 위 진00의 매집으로 같은 해 10. 7.부터 같은 해 11. 17. 사이에증권사 1의 주가는 약 13,000원대에서 약 34,000원대까지 상승한 사실, 당시 위 그룹에서는 위 케이오엘(KOL)의 증자를 고려하고 있었고 공소외 2는 위 진00의 개입으로증권사 1의 주가가 계속하여 상한가를 기록하자 피고인에게 상당히 기분이 좋다는 말을 하기까지 한 사실, 1999. 11. 하순경 공소외 2이 국내에 들어와 피고인, 위 진00,공소외 3, 에이비엔암로아시아(ABN Amro Asia) 증권사의 회장인 로저 등 5인이 서울시 강남구 삼성동 소재 '개구리'라는 술집에 모여 술을 마시면서 공소외 2이 위 진00에게증권사 1주식을 매집해 주어서 고맙다고 하며 위 에이비엔암로아시아(ABN Amro Asia) 증권사에서증권사 1주식의 50%를 주당 50,000원에 사려고 하고 있다는 이야기를 하기도 하였으나 이후 위 지분 매각은 성사되지 못한 사실, 실제로 공소외 2의그룹은 1999. 10.경부터 미화 192,000,000$을 목표로 기존 발행주식 총수의 40% 규모의 케이오엘(KOL) 사모유상증자를 추진 중에 있었고 2000. 3.부터 같은 해 4. 사이에 케이오엘(KOL) 주식 9,000,000주를 주당 미화 13$(US $13)에 사모 증자하는 데 성공한 사실을 각 인정한 후, 증권사 1의 자본금의 규모와 발행주식의 총수, 진00이 매집한 주식의 규모, 피고인이 진00로 하여금 주식을 매수하게 한 경위와 역할, 피고인이증권사 1에서 차지하는 지위, 이 사건 거래의 동기와 태양, 그 주가의 추이 및 당시의 거래상황 등을 종합하여 보면 피고인은증권사 1의 대표이사로서 단순한 통역의 역할을 한 것에 지나지 않는 것이 아니라 공소외 2및 진00과 공모하여 이 사건 매매거래를 하였다 할 것이고, 이 사건 매매거래는 증권사 1의 주가를 인위적으로 조작하여 상승시킴으로써증권사 1의 지분 매각 또는 유상증자를 원활하게 하기 위하여 행하여진 변칙적 거래로서 '유가증권의 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하고 이와 같이 인위적인 조작으로 주가를 상승시킨 것은 비록 유가증권시장에서의 일반투자자들을 오인시켜 유가증권 매매거래를 유인하는 것을 직접 목적으로 하는 경우는 아니라 하더라도 증권사 1의 지분 매각 또는 유상증자를 원활하게 할 목적으로 시세를 조종하는 과정에서 일반 투자자로 하여금 위증권사 1의 주식이 유망한 것처럼 오인시켜 그 주식의 매매거래를 유인하게 된다는 것도 알 수 있었던 이상 일반투자자들의 매매거래를 유인할 목적도 있었다고 봄이 상당하다고 판단하고, 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 판단하였다.

(2)증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것인데(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결참조), 원심이 인정한 사실관계에 나타난 위와 같은 제반 사정을 종합하면, 피고인에게 직접적인 매매거래의 유인목적과 시세변동 거래행위의 범의를 인정할 수 있어 원심의 판단은 결론적으로 정당하고, 거

기에 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인 및 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다. 피고인의 이 부분 상고도 이유 없다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 원심은, 이 사건 피고인에 대한 증권거래법위반의 공소사실, 즉, 피고인이 진00,공소외 2 등과 공모하여, 1999. 10.초 증권사 1주식 매집을 원하는 공소외 2의 의사를 피고인이 진00에게 전달하여, 진00이 1999. 10. 7.부터 1999. 11. 17.까지 8개 계좌를 통하여 증권사 1주식을 매매거래하는 과정에서, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 1999. 10. 13.부터 1999. 11. 17.까지 제1심판결 별지 '통정매매내역서' 기재와 같이 9회에 걸쳐 통정매수한 점(상장유가증권 통정매매로 인한 증권거래법위반의 점, 증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4 제1항 제2호위반), 유가증권시장에서의 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가매수주문하는 방법으로 매매거래를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로, 1999. 10. 7.부터 같은 해 11. 9.까지 사이에 제1심판결 별지 '고가주문내역서'기재와 같이 303회에 걸쳐 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가매수주문 등을 함으로써 그 시세를 상승시키는 매매거래한 점(상장유가증권 시세 상승시키는 매매거래의 점, 증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호위반), 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하여 매수세를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 1999. 11. 1.부터 같은 달 9. 사이에 19회에 걸쳐 직전가 또는 전일종가 대비 현저히 낮은 가격으로 대량 허위매수주문하는 방법으로 매수세가 성황을 이루는 것처럼 잘못 알게 한 점(상장유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 한 점,증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호위반) 중 위 1.의 나.항에서 본 바와 같이 상장유가증권의 시세를 상승시키는 매매거래의 점에 대하여는 유죄를 인정하면서도, 나머지 거래성황 오인·오판 목적의 통정매매 및 매매거래유인 목적의 거래성황오인행위 부분에 관한 증권거래법 위반의 점에 대하여는, 피고인과 진00, 공소외 2사이에서 주식 1,000만 $ 상당을 매입하여 주가를 상승시키기로 한 것 외에 위 공소사실과 같이 유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 오인·오판하도록 통정매매를 하거나 유가증권시장 등에서의 매매거래를 유인할 목적으로 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 오인하도록 허위매수주문을 내는 방식으로 시세를 상승시키기로 공모하였는지에 관하여, 검사가 제출한 모든 증거를 살펴보아도 위와 같은 시세조종행위의 수법에 대하여까지 구체적으로 공모하였다거나, 위 진00에게 시세조종행위의 방법에 관하여 포괄적으로 일임하였다는 점을 인정할 만한 증거가 없다는 이유로 무죄를 선고하였다.

나.2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고, 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다고 할 것이고(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결,2002. 4. 10.자 2001모193 결정,2002. 4. 12. 선고 2000도3485 판결등 참조), 이러한 공모

공동정범에 있어서 공모나 모의는 범죄사실을 구성하는 것으로서 이를 인정하기 위하여는 엄격한 증명이 요구되지만, 피고인이 그 실행행위에 직접 관여한 사실을 인정하면서도 공모의 점과 함께 범의를 부인하는 경우에는, 이러한 주관적 요소로 되는 사실은 사물의 성질상 범의와 상당한 관련성이 있는 간접 사실을 증명하는 방법에 의하여 이를 입증할 수밖에 없고, 무엇이 상당한 관련성이 있는 간접 사실에 해당할 것인가는 정상적인 경험칙에 바탕을 두고 치밀한 관찰력이나 분석력에 의하여 사실의 연결상태를 합리적으로 판단하는 방법에 의하여야 할 것이다(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결참조).

다. 이 사건에 돌아와 보건대, 기록상 피고인과공소외 2, 진00의 공모내용은 "증권사 1의 주가상승을 위한 주식매집"으로 요약할 수 있는데, 위와 같은 주식매집은 원심이 인정한 바와 같이 모회사의 사모유상증자를 고가에 하기 위하여 자회사인증권사 1의 주가상승이 필요하였다는 점 외에도 해당증권사 1의 주식의 70%를 보유 중인 모회사 케이오엘(KOL)의 대주주입장에서 주가상승으로 인한 차익을 얻자는 것도 전제되어 있다고 볼 수 있는 점, 공소외 2이 피고인을 통하여 진00에게 매집을 부탁한 주식물량은 원심의 사실인정에서도 나오는 바와 같이 당시 시가를 기준으로 유가증권 시장에서 유통중이던 증권사 1주식물량의 50%에 해당하는 대규모 물량으로서, 정상적인 유가증권의 유통시장에서 위와 같은 대규모 물량을 단순히 시장에서 매입만 하는 방법으로는 원하는 주식 물량을 확보하지도 못한 채 유통시장에서의증권사 1주식 가격이 비정상적으로 급등하는 등의 부작용으로 위공소외 2등이 원하는 가격대에서는 도저히 매입할 수 없게 되는 대규모 물량인 점, 따라서 기록상 이와 같은 사정을 잘 알고 있는 진00로서는 검사가 기소한 바와 같은 통정매매와 허수주문 등의 방법을 고가매수와 병행하여 진행하는 방법으로 일반 투자자들로 하여금 증권사 1의 주식을 유통시장에 매도하도록 하고, 다시 이를 매수한 후 일정한 고가에 다시 매도한 후 다시 이를 매수하는 등 일정한 기간에 걸쳐 매도와 매수를 반복하면서증권사 1의 주식 물량을 비교적 저가에 확보하면서 아울러 주가의 상승도 가져오려고 시도한 점, 피고인의 경우 1991년 이후 증권회사에서 직장생활을 시작하여 직접 주식의 매도와 매수를 담당하는 펀드매니져 등으로 장기간 근무한 경력이 있고, 이 사건 범행 당시에는 증권사 1의 대표이사로 근무하고 있었으므로 피고인이 위와 같은 증권사 1주식의 매집을 진00과 더불어 공모할 당시 진00이 위와 같은 방식에 의하여 증권사 1의 주가를 상승시키는 주식매집을 할 것인지 잘 알고 있었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다고 보지 않을 수 없는 점 등 이 사건 기록에 나타난 피고인과 진00,공소외 2의증권사 1주식매집의 공모과정과 그 이유, 진00의증권사 1주식의 매집과정, 일반적인 유가증권 유통시장에서의 시세조종수법 등 제반 사정을 종합하여 보면, 원심이 인정한 바와 같이 피고인과 진00 사이의증권사 1주식매집을 통한 주가상승이라는 부분에 대한 공모를 인정하는 이상, 진00이 이를 위하여 한 구체적인 행위 중 시세변동 거래행위 이외에 이에 부수적으로 수반될 것으로 예상되었던 이 사건 거래상황 오인·오판 목적의 통정매매 및 매매거래 유인목적의 거래상황 오인행위 부분도 모두 위 공모자들 사이에 묵시적으로 의사의 연락이 있었다고 보는 것이 타당하다고 할 것이므로 원심이 피고인에 대한 증권거래법 위반의 공소사실 중 시세변동 거래행위 부분만을 유죄로 판단하고, 나머지 부분을 무죄로 판단한 것은 위 증권거래법 제188조의4 제1항, 제2항 및 공모공동정범에 관한 법리오해 및 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 아니할 수 없다. 이 점을 지적하는 검사의 상고는 이유 있다.

3. 이 사건 증권거래법위반의 죄수와 파기범위

가. 원심은, 피고인에 대한 이 사건 증권거래법위반의 공소사실 중 위에서 본 바와 같이 통정매수(증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제1항 제2호위반), 시세상승 매매거래(증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호위반), 거래성황 가장행위(증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호위반)를 모두 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있는 것으로 보고, 시세상승 매매거래 행위에 대하여는 유죄, 나머지 각 행위에 대하여는 무죄로 판단한 후, 위 각 무죄로 판단된 부분에 대하여 주문에서 각 무죄를 선고하였다.

나. 그러나 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것인데(대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결참조), 위에서 본 원심이 확정한 사실과 기록에 의하면, 피고인은 진00, 공소외 2등과 공모하여, 상장유가증권인증권사 1의 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 단일하고 계속된 목적과 범의하에, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 증권사 1주식의 통정매수, 유가증권시장에서의 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가 매수주문하는 방법으로 매매거래를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 증권사 1의 주식시세를 상승시키는 매매거래, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하여 매수세를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 증권사 1주식에 대한 대량의 허위매수주문 등의 불공정거래행위를 하였는바, 이는 증권거래법 제188조의4의 각 항과 각 호에서 정하고 있는 불공정거래행위에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 사건 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되어(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결참조),피고인의 위 각 행위는 모두 포괄하여 증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4 제1항 제2호, 제2항 제1호소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄가 성립된다고 할 것이므로 이와 다른 견해에서 위 각 행위의 관계를 실체적 경합범으로 판단한 원심의 조치에는 증권거래법 제188조의4소정 불공정거래행위의 죄수에 대한 법리오해의 위법이 있다고 할 것이다.

다. 따라서 당원이 위에서 지적한 바와 같은 이유로 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 증권거래법위반의 일부 행위에 대한 검사의 상고를 받아들이는 이상 이와 포괄일죄의 관계에 있는 나머지 유죄로 판단된 범죄사실, 즉 시세변동 거래행위로 인한 증권거래법위반의 점도 파기를 면할 수 없고, 또한 이 사건과 같이 수개의 범죄사실에 대하여 항소심이 일부는 유죄, 일부는 무죄의 판결을 하고, 그 판결에 대하여 피고인 및 검사 쌍방이 상고를 제기하였으나, 유죄 부분에 대한 피고인의 상고는 이유 없고, 무죄 부분에 대한 검사의 상고만 이유있는 경우, 항소심이 유죄로 인정한 죄와 무죄로 인정한 죄가 형법 제37조전단의 경합범 관계에 있다면 항소심판결의 유죄 부분도 무죄 부분과 함께 파기되어야 할 것이므로(대법원 2000. 6. 13. 선고 2000도778 판결,2000. 11. 28. 선고 2000도2123 판결등 참조), 위에서 본 바와 같이 원심에서 유죄로 판단한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) 및 종합금융

회사에관한법률위반의 점에 대한 피고인의 상고는 이유 없으나, 위 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있는 증권거래법위반의 점에 관한 원심의 무죄 부분에 대한 검사의 상고가 이유 있어 결국 원심판결 전부가 파기되어야 할 것이다.

4. 그러므로 원심판결 전부를 파기하고, 이 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 송진훈(재판장) 윤재식 이규홍(주심)

□ 대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696 판결

【판시사항】

[1]증권거래법 제188조의4 제4항의 규정 취지 및 같은 항 소정의 사기적 부정거래행위의 판단 기준과 '부당한 이득'의 의미

[2] 업무상 배임죄에서 '임무에 위배하는 행위'의 의미 및 위법한 목적을 위하여 본인을 위한다는 의사로 행위한 경우 배임죄의 성립 여부(적극)

[3] 금융기관의 임직원이 타인에게 자금을 대출하면서 합리적인 자금회수조치를 취하지 아니한 경우 배임죄의 성립 여부(적극)

[4] 자기자본의 100분의 25를 초과하는 신용 공여로 인한 종합금융회사에관한법률위반의 점과 동일인에 대한 대출 등의 한도 위반으로 인한 구 상호신용금고법위반의 점이 대향적 범죄인지의 여부(적극) 및 위 각 범죄에 대한 형법상의 공범 성립 여부(소극)

[5]증권거래법 제200조의2 제1항 및 같은법시행령 제10조의4소정의 '보유'의 의미

[6] 피고인이 형식적인 계약의 문언에도 불구하고 주식의 소유권을 확정적으로 취득하였고, 그렇지 않다 하더라도 담보계약에 의하여 의결권을 가지는 경우로서 증권거래법 제200조의2 제1항 및 동법시행령 제10조의4소정의 유가증권의 '보유'에 해당한다고 보아 피고인에게 증권거래법상 주식대량보유상황의 보고의무가 있다고 인정한 사례

[7]증권거래법 제188조의4 제1항소정의 '그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'의 의미

[8] 시세조종 등의 금지에 관한증권거래법 제188조의4 제2항소정의 '매매거래를 유인할 목적'의 의미 및 같은 항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[9] 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 통정매매 행위, 허위매수주문행위, 고가매수주문행위 등의 불공정거래 행위를 반복한 경우의 죄수(=포

괄일죄)

【판결요지】

[1]증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고, 같은 항제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시가 된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있는바, 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고, 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다.

[2] 업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하는바, 이 경우 그 임무에 위배하는 행위라 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 포함하는 것으로 그러한 행위가 법률상 유효한가 여부는 따져볼 필요가 없고, 행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없다.

[3] 금융기관인 회사가 대출을 함에 있어 대출을 받는 자가 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다.

[4] 매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처

벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다고 할 것인바, 자기자본의 100분의 25를 초과하는 신용 공여에 관한 종합금융회사에관한법률위반의 점과 동일인에 대한 대출 등의 한도 위반에 관한 구 상호신용금고법위반의 점은 대출을 하는 자와 대출을 받는 자의 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 대립적 범죄로서, 일정한 경우 대출을 한 자를 처벌함으로써 그와 같은 대출의 발생을 방지하려는 데 목적이 있고, 위 각 조문의 규정형식상 대출을 한 자만을 처벌하고, 따로 대출 받은 자에 대하여 처벌규정이 없는 점에 비추어, 대출 받은 자의 행위에 대하여는 상대방의 대출행위에 대한 형법총칙의 공범규정은 적용되지 않는다.

[5] 증권거래법상 소유에 준하는 '보유'에 대한 같은 법 시행령 제10조의4 제4호,제5호를 포함한 같은 조 제2호 내지 제6호의 규정은 장래 주식을 소유할 것이 예상되거나, 소유하지는 않지만 주식에 대한 의결권을 갖거나 의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 가지는 경우를 '보유'로 규정한 것으로, 특히 위시행령 제10조의4중 제4호, 제5호에 관하여는 그 종국적인 권리를 행사하여야만 '보유'로 본다는 것이 아니고, 권리의 종국적 행사 이전에 그와 같은 권리의 취득 자체를 '보유'로 규정한 것으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이고, 이와 같이 풀이하는 것이 장래의 권리를 규정한 다른 각 호 즉 제2호, 제3호, 제6호의 규정과 비교하여서도 균형이 맞는 해석이라고 보여진다.

[6] 피고인이 대출금의 담보로 주식을 제공받으면서 주식의 명의개서는 하지 않았으나 주권을 교부받았고 의결권을 포함한 주주로서의 모든 권리를 피고인이 행사하며 대출금의 변제도 담보주식의 소유권을 피고인에게 귀속시키거나 이를 처분하여 충당하는 방법으로 하기로 약정하였다면 피고인은 형식적인 계약서의 문언에도 불구하고 주식의 소유권을 확정적으로 취득하였고, 그렇지 않다 하더라도 담보계약에 의하여 의결권을 가지는 경우로서 증권거래법 제200조의2 제1항 및 동법시행령 제10조의4소정의 유가증권의 '보유'에 해당한다고 보아 피고인에게 증권거래법상 주식대량보유상황의 보고의무가 있다고 인정한 사례.

[7]증권거래법 제188조의4 제1항은 "누구든지 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서 제1호에서 "자기가 매도하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매수할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매도하는 행위"를, 제2호에서 "자기가 매수하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매도할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매수하는 행위"를 각 규정하고 있는바, 여기서 '그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이라 함은 인위적인 통정매매에 의하여 거래가 일어났음에도 불구하고, 투자자들에게는 유가증권시장에서 자연스러운 거래가 일어난 것처럼 오인하게 할 의사로서, 그 목적의 내용을 인식함으로써 충분하고, 적극적 의욕까지는 필요하지 않다.

[8]증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제

1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[9] 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것인바, 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 증권거래법 제188조의4의 제1항 제1호, 제2호의 통정매매행위, 제2항 제1호전단의 허위매수주문행위, 같은 호 후단의 고가매수주문행위 등의 불공정거래 행위를 반복한 경우, 이는 시세조종 등 불공정거래의 금지를 규정하고 있는 증권거래법 제188조의4에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되므로, 위 각 행위는 모두 포괄하여 증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4소정의 불공정거래행위금지 위반의 일죄가 성립된다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제4항/ [2]형법 제355조 제2항,제356조/ [3]형법 제356조/ [4]형법 제30조,제32조,종합금융회사에관한법률 제15조,제28조 제2항 제3호,구 상호신용금고법(2001. 3. 28. 법률 제6429호 상호저축은행법으로 개정되기 전의 것) 제12조,제39조 제3항 제4호의 2/ [5]증권거래법 제21조 제1항,제200조의2 제1항,증권거래법시행령 제10조의4/ [6]증권거래법 제21조 제1항,제200조의2 제1항,제210조 제5호,증권거래법시행령 제10조의4/ [7]증권거래법 제188조의4 제1항/ [8]증권거래법 제188조의4 제2항/ [9]형법 제37조,증권거래법 제188조의4 제1항,제2항,제207조의2 제2호

【참조판례】

[1]대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결(공2001상, 578)/[2]대법원 1987. 4. 28. 선고 83도1568 판결(공1987, 918),대법원 1995. 12. 22. 선고 94도3013 판결(공1996상, 620),대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결(공1999하, 1546),대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결(공2001상, 320),대법원 2001. 9. 28. 선고 99도2639 판결(공2001하, 2400)/[3]대법원 1990. 11. 13. 선고 90도1885 판결(공1991, 134),대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(공2000상, 1011),대법원 2002. 6. 28. 선고 2000도3716 판결(공2002하, 1877)/[4]대법원 1985. 3. 12. 선고 84도2747 판결(공1985, 580),대법원 1988. 4. 25. 선고 87도2451 판결(공1988, 928),대법원 2001.

12. 28. 선고 2001도5158 판결(공2002상, 440)/[7]대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결(공2002상, 222)/[8]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741)/[9]대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결(공1996상, 1649),대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결(공2002하, 1741)

【전 문】

【피고인】 진00
【상고인】 피고인 및 검사
【변호인】 법무법인 대륙 담당변호사 장희천 외 1인
【원심판결】 서울고법 2002. 3. 26. 선고 200 1노3226 판결

【주문】

피고인과 검사의 상고를 모두 기각한다.

【이유】

1. 피고인의 상고이유에 대한 판단(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서 판단한다)

가. 제1점 :증권거래법 제188조의4 제4항에 관한 법리오해 및 사실오인의 점

(1) 원심은 그 채용증거들을 종합하여, 피고인 경영의 주식회사 엠씨아이(MCI)코리아(이하 "MCI코리아"라 한다)가 2000. 4. 19. 아세아종합금융 주식회사(이하 "아세아종금"이라 한다. 2000. 5. 27. 상호를 한스종합금융 주식회사(이하 "한스종금"이라 한다)로 변경하였다)와 스위스민간은행컨소시엄(Switzerland Private Banks Consortium, 이하 "SPBC"라 한다) 사이에 SPBC가 아세아종금의 대주주인 대한방직 주식회사가 보유한 주식 8,695,051주(전체 발행주식의 28.6%, 1주당 시가 1,200원 정도, 시가 104억 원 상당)를 미화 10$에 매수하여 아세아종금의 경영권을 인수하는 내용의 M&A를 중개한 사실, 피고인은 같은 날 아세아종금의 감사이던 신인철 등과 합의하여 MCI코리아의 자회사인 이머징창업투자 주식회사(이하 "이머징창투"라 한다) 명의로 아세아종금이 스타벤처컨설팅 주식회사(이하 "스타벤처컨설팅"이라 한다), 모던벤처캐피탈 주식회사(이하 "모던벤처캐피탈"이라 한다) 등의 차명으로 보유하고 있는 자사주 620만 주(전체 발행주식의 20.5%, 시가 74억 원 상당)를 금 204억 원에 매수하는 내용의 계약을 체결하면서 그 매입대금 중 금 200억 원은 아세아종금의 자회사인 아세아파이낸스 주식회사(이하 "아세아파이낸스"라 한다)로부터 이머징창투 명의로 대출 받아 충당한 사실, SPBC와 MCI코리아는 같은 날 SPBC가 위와 같이 인수한 아세아종금 주식에 관한 모든 주주로서의 권리와 아세아종금에 대한 모든 경영권을 MCI코리아에 위임한다는 내용의 경영관리협약서를 작성하였고, 위 협약서에 따라 MCI코리아의 1인 주주인 피고인이 아세아종금의 경영권을 장악하게 된 사실, 당시 피고인은 위 M&A 전에 신인철로부터 아세아종금의 재무상황에 대한 자료를 넘겨받아 검토를 하였고, 또한 안진회계법인을 통하여 아

세아종금을 실사하여 아세아종금의 부실 정도를 잘 알고 있었던 사실, 위 각 계약 당시 SPBC는 존재하지도 아니하였으며, SPBC의 대표자로 M&A 계약에 참석하였던 외국인 이보(Ivo Bechtiger)가 M&A 계약 후 20일 후에 자본금이 5만 스위스프랑(한화 3,000만 원~4,000만 원)에 불과한 스위스 소재 소규모 무역회사인 "오리엔털제이드"의 법인등기부상 상호를 "SPBC"로 변경하여 SPBC가 존재하게 된 사실, 사정이 이러함에도 피고인은 위 계약 직후 아세아종금 임직원 및 MCI코리아의 황창연 상무 등으로 하여금 "스위스 은행들로 구성된 컨소시엄이 아세아종금의 대주주인 대한방직의 지분을 매수하기로 합의하였다. 스위스 은행 컨소시엄은 석달 안에 1차적으로 3,000만 $을 들여와 아세아종금 증자에 이용하고 하반기에 5,000만 $을 추가로 증자할 계획이다."라고 언론에 발표하게 하였고, 이러한 사실은 신문과 방송 등을 통하여 보도된 사실, 피고인은 2000. 5. 27. 아세아종금의 주주총회를 열어 상호를 한스종금으로 변경하고, 공식적으로 이사회 의장으로 취임하였으며, 신인철이 한스종금의 대표이사로 선임되었는데, 이 자리에는 SPBC의 대표자라고 자칭하는 이보도 참석하여, SPBC가 석달 내에 한스종금에 3,000만 $을 증자하겠다고 발표하기도 한 사실을 각 인정하였다.

(2) 원심은 위와 같은 사실관계하에서, SPBC가 미화 10$에 매수한 아세아종금의 주식 860여만 주와 MCI코리아가 200억 원에 매수한 같은 주식 620만 주의 시가를 합하면 178억 원 정도인데, 이 금액은 피고인이 지급하였던 200억 원 중 신인철이 수수료 등으로 차지한 금원을 제외한 순수 주식대금인 180억 원과 거의 일치하고, 아세아종금의 인수인인 SPBC는 아세아종금의 경영에 아무런 관여를 하지 아니하고, 피고인이 모든 경영권을 장악하고 행사하였으며, 금융감독원에서 SPBC에게 아세아종금에 대한 사업계획서를 요구하였으나 SPBC는 차일피일 미루다가 MCI코리아가 경영권을 맡은 아세아종금에게 그 계획서 작성을 떠넘기었고, 증자금도 피고인이 국내에서 자금을 마련하여 그 자금을 SPBC로 송금하려 하였으며, M&A가 성공하여 아세아종금의 주가가 상승하면 피고인은 보유하고 있는 주식에 대하여 막대한 주가 상승 이익을 얻을 수 있는 점 등을 종합하여 보면, SPBC(회사의 명칭 자체가 스위스 민간 은행들의 컨소시엄으로 오해되게 되어 있다)는 아세아종금에 외국자본이 들어오는 것처럼 가장하기 위하여 피고인이 내세운 페이퍼 컴퍼니(paper company)에 불과하고, 사실은 피고인이 아세아종금 주식 860여 만 주와 620만 주를 모두 매수하여 아세아종금을 인수하였고 증자금을 마련하려고 하였으면서도, 위 주식들에 대하여 부당한 이득을 얻으려는 목적으로 SPBC가 아세아종금을 인수하였고, 3,000만 $을 증자하기로 하였다고 사실과 달리 허위사실을 유포하였다는 것을 충분히 인정할 수 있다고 하여, 피고인에 대하여증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제4항 제1호를 적용하여 유죄로 판단하였다.

(3)증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고, 같은 항 제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시가 된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있는바, 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경

제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 하고(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결참조), 위와 같은 증권거래법의 목적과 위 규정의 입법취지 등에 비추어 위 법문 소정의 부당한 이득은 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익에 한정되지 않고, 기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득뿐 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념으로 해석하는 것이 상당하다고 할 것이다.

기록에 의하면, 피고인이 위 계약을 주선한 직후 2000. 4. 하순경 아세아종금의 주가상승으로 인한 이익을 얻기 위하여 피고인 경영의 MCI코리아의 자회사인 주식회사 상호신용금고(이하 '열린금고'라 한다)으로 하여금 아세아종금의 주식 15만 주를 취득하게 하여 유형적인 경제적 이익을 꾀하였으며, 실제로 위 계약에 따른 증자계획의 발표 후 아세아종금의 주가는 2000. 4. 17. 1,200원에서 2000. 4. 21. 2,090원으로 급상승하였고, 나아가 피고인은 그가 사실상 인수한 아세아종금의 주가상승으로 인한 이익을 염두에 두고 처음부터 외국계 금융회사의 신용도를 이용하여 아세아종금의 신인도를 높이려고 위와 같이 복잡한 계약을 체결하게 되었다고 보여지고, 따라서 위와 같은 허위사실의 유포는 새로이 아세아종금의 경영권을 확보한 피고인의 입장에서 주가의 상승이라는 유형적 이득 이외에 새로 인수한 회사의 신인도 제고라는 무형적 이득도 함께 도모하기 위한 것이라고 인정되는바, 이러한 제반 사정과 앞에서 본 법리에 비추어 보면, 이 사건에서 피고인에게 부당한 이득을 얻기 위한 범의가 있다고 본 원심의 사실인정과 판단은 정당하고(가사 피고인의 상고이유의 주장과 같이 피고인의 주식 처분이 일정기간 제한된 사정이 있었다고 하더라도 결론은 마찬가지이다), 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호소정의 부당한 이득의 개념에 관한 법리오해 혹은 채증법칙 위반으로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로 피고인의 상고이유 제1점은 이유 없다.

나. 제2점 : 파킹료 23억 원 지급약정에 대한 배임죄의 성부에 관한 법리오해 및 사실오인의 점

(1) 원심은, 그 채용증거들을 종합하여 피고인이 한스종금(구 아세아종금)의 대외적인 신용도를 높일 목적으로, 주식매매를 통하여 거액의 매매차익을 달성한 것처럼 가장하기 위하여 2000. 6. 말경 한스종금의 BIS 비율을 조작하면서, 한스종금이 보유하고 있던 다른 회사의 주식을 매수하는 역할에 기여한 상대방 회사인 국두벤처캐피탈 주식회사(이하 '국두벤처캐피탈'이라 한다)와 엔아이씨(NIC)코리아 주식회사에 파킹료로 23억 원을 지급하기로 약정한 사실을 인정하고, 피고인이 이른바 파킹을 하고 파킹료를 지급하기로 약정하였을 때 이미 한스종금에 대한 배임죄의 기수에 이르렀다고 판단하였다.

(2)업무상 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하

는바, 이 경우 그 임무에 위배하는 행위라 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 포함하는 것으로 그러한 행위가 법률상 유효한가 여부는 따져볼 필요가 없고(대법원 대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결, 대법원 2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결,2001. 9. 28. 선고 99도2639 판결등 참조),행위자가 가사 본인을 위한다는 의사를 가지고 행위를 하였다고 하더라도 그 목적과 취지가 법령이나 사회상규에 위반된 위법한 행위로서 용인할 수 없는 경우에는 그 행위의 결과가 일부 본인을 위하는 측면이 있다고 하더라도 이는 본인과의 신임관계를 저버리는 행위로서 배임죄의 성립을 인정함에 영향이 없다고 할 것이다.

이 사건에서 피고인이 한스종금의 대외적 신인도를 높이기 위하여 조작된 거래로써 회사의 수익을 가장하고, 그 BIS 비율을 조작하여 회사의 자본충실 정도를 왜곡한 행위는 그 목적과 수단이 모두 위법한 것으로서 그 위법성의 정도가 매우 중하여 법령과 사회상규상 용인될 수 없는 것이고, 결과적으로도 회사의 채권자와 주주들에게 해를 가하는 행위로서 가사 피고인에게 본인인 회사를 위한다는 의사가 있었다고 하더라도 위와 같은 불법한 행위를 위하여 대가를 지급하는 행위는 회사와의 사이의 신임관계를 저버리고 회사에 손해를 끼치는 행위라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다.

또한, 배임죄의 성립 여부에 있어, 재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전재산 상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여 당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여 본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당한다고 할 것인데(대법원 1999. 6. 22. 선고 99도1095 판결,2000. 12. 8. 선고 99도3338 판결등 참조), 이 점에서 피고인이 파킹료 23억 원을 지급하기로 약정하였을 때에 이미 재산상 실해 발생의 위험을 초래하여 배임죄가 완성되었다고 판단한 원심의 조치는 정당하다.

또한, 위 파킹료 23억 원의 지급약정에 관한 업무상 배임의 공동정범의 범죄사실을 유죄로 판단한 원심의 조치에는, 피고인 등의 임무위배 행위가 없다는 피고인의 항소이유의 주장을 배척한 취지가 포함되어 있음이 분명하다.

따라서 위와 같은 법리에 따른 원심판결에 피고인이 상고이유에서 주장하는 바와 같은 판단유탈, 업무상 배임죄의 임무위배행위 및 재산상 손해에 관한 법리오해, 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

피고인의 상고이유 제2점은 이유 없다.

다. 제3점 : 2000. 3. 13.자 리젠트종금 및 H창투의 각 대출행위에 대한 배임죄의 성부에 관한 법리오해 및 사실오인의 점

(1) 원심은, 그 채용증거들을 종합하여 리젠트종합금융 주식회사(이하 '리젠트종금'이라 한다)가 재무 및 경영상태가 불량한 H창업투자 주식회사(이하 'H창투'라 한다)에게 신용조사와 담보확보 등의 조치 없이 금 600억 원을 대출하고, H창투는 다시 그 600억 원을 적정한 담보의 확보 없이 계열회사인 이머징창투와 MCI코리아에 나누어 대출한 사실을 인정하고, H창투도 이머징창투와 MCI코리아에 대한 관계에 있어서 엄연한 대출채권자라는 이유로 H창투는 명의만 빌려준 것이라는 피고인의 주장을 배척하면서, 위 각 대출행위는 부실대출로서 업무상 배임죄가 성립한다고 판단하였다.

(2)금융기관인 회사가 대출을 함에 있어 대출을 받는 자가 이미 채무변제능력을 상실하여 그에게 자금을 대여할 경우 회사에 손해가 발생하리라는 정을 충분히 알면서 이에 나아갔거나, 충분한 담보를 제공받는 등 상당하고도 합리적인 채권회수조치를 취하지 아니한 채 만연히 대여해 주었다면, 그와 같은 자금대여는 타인에게 이익을 얻게 하고 회사에 손해를 가하는 행위로서 회사에 대하여 배임행위가 된다고 할 것이고(대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결참조), 원심이 거시한 증거들에 의하면, 위 각 대출은 H창투가 위 각 대출에 있어 단순히 명의만을 대여하려는 것이 아니라 실질적으로 채무를 부담하고, 채권을 취득하는 법률행위를 한 것으로서, 위 각 대출관계를 통정허위표시라고 볼 수 없음이 인정되고, 나아가 원심이 판시한 바대로 리젠트종금과 H창투가 각 자금회수가 의심됨에도 불구하고 그 대출을 위한 사전 조사와 사후 대비를 하지 않았다면 이 사건 대출이 피고인이 주장하는 바와 같은 금융기관 사이의 초단기 자금대출인 콜론대출이라고 하여도 배임죄의 성립을 부인할 수는 없다고 할 것이다.

같은 취지의 원심판결에 상고이유로서 주장하는 바와 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 배임죄에 관한 법리오해, 판단유탈 및 심리미진의 위법이 있다고 할 수 없다.

피고인의 상고이유 제3점은 이유 없다.

라. 제4점 : 자기자본의 25/100를 초과하는 신용 공여로 인한 종합금융회사에관한법률위반의 점과 동일인에 대한 대출 등의 한도 위반으로 인한 구 상호신용금고법위반의 점에 관한 법리오해의 점

(1) 원심은, 피고인이 공소외 김00, 리젠트증권 주식회사(이하 '리젠트증권'이라 한다) 사장 고창곤, 리젠트종금 사장 홍주관 등과 공모하여, 종합금융회사는 동일 차주에 대하여 당해 종합금융회사의 자기자본의 100분의 25를 초과하는 신용 공여를 할 수 없음에도 불구하고, 리젠트종금의 자기자본의 100분의 25인 230억 원을 초과하여 H창투에 신용 공여한 점을종합금융회사에관한법률(이하 '종금법'이라 한다) 제28조 제2항 제3호,제15조를 적용하여 유죄로 판단하고, 열린금고 대표이사 황00, 손00, 이사대우 이00, MCI코리아 전무 유00과 공모하여, 열린금고가 2000. 4. 6. 명의상 차주 황00에게 7억 원을 대출하여 주는 등 제1심판결의 별지 5 '불법대출내역' 기재와 같이 2000. 10. 31.까지 37회에 걸쳐 282억 5,000만 원을 출자자인 MCI코리아 등에게 차명 대출하여 동일인 여신한도 30억 5,500만 원을 초과하여 대출한 점을구 상호신용금고법(2001. 3. 28. 법률 제6429호 '상호저축은행법'으로 개정되기 전의

것, 이하 같음) 제39조 제3항 제4호의2,제12조를 적용하여 유죄로 판단하고 있다.

(2)매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다고 할 것인바(대법원 1988. 4. 25. 선고 87도2451 판결, 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결등 참조), 위자기자본의 100분의 25를 초과하는 신용 공여에 관한 종금법 위반의 점과 동일인에 대한 대출 등의 한도 위반에 관한 구 상호신용금고법위반의 점은 대출을 하는 자와 대출을 받는 자의 대향적 행위의 존재를 필요로 하는 대립적 범죄로서, 일정한 경우 대출을 한 자를 처벌함으로써 그와 같은 대출의 발생을 방지하려는 데 목적이 있고, 위 각 조문의 규정형식상 대출을 한 자만을 처벌하고, 따로 대출 받은 자에 대하여 처벌규정이 없는 점에 비추어, 대출 받은 자의 행위에 대하여는 상대방의 대출행위에 대한 형법총칙의 공범규정은 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

(3) 따라서 이 사건에서 피고인이 위 각 대향적 범죄에 관하여 공범이 될 수 있는지의 여부는 과연 피고인이 위 각 대출에 있어 대출을 받은 자의 지위에 있었는지 여부에 의하여 결정될 것인데, 기록에 의하면, 위 각 공소사실 중 리젠트종금으로부터 대출을 받은 자는 법인인 H창투이고, 열린금고로부터 대출을 받은 자는 형식상 그 명의가 황정욱 등 개인으로 되어 있고, 실질적으로는 MCI코리아라는 법인으로 되어 있으므로, 비록 피고인이 H창투와 MCI코리아의 사실상 지배주주이고, MCI코리아의 경우에는 대표이사라는 지위에 있었다고 하더라도 위 각 대출에 있어 피고인 개인이 대출을 받은 자의 지위에 있었다고는 볼 수 없다고 함이 상당하다.

(4) 같은 취지에서 원심이 위 종금법 위반(자기자본 100분의 25를 초과하는 신용공여) 및 구 상호신용금고법 위반(동일인에 대한 대출 등의 한도 위반)의 점에 관하여 피고인을 공범으로 인정하여 유죄로 판단한 조치는 정당하고, 또한 그 조치에는 피고인의 그 부분에 관한 항소이유를 배척한 취지도 당연히 포함되어 있으므로 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 대향적 범죄에 있어 공범의 성립 여부에 대한 법리오해 및 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다.

피고인의 상고이유 제4점은 이유 없다.

마. 제5점 :증권거래법 제200조의2 제1항및시행령 제10조의4 소정 '보유'의 개념에 대한 법리오해 및 사실오인의 점

(1) 원심은, 본인과 그 특별관계자가 상장법인의 발행주식 총수의 5% 이상을 보유하게 되거나, 5% 이상 소유자에게 1% 이상의 변동이 있는 경우 금융감독위원회와 증권거래소에 주식의 대량 보유 상황 및 변동 내용을 보고하여야 함에도 불구하고, 피고인은 위에서 본 바와 같이 2000. 4. 19. 아세아종금 주식 620만 주를 이머징창투 명의로 매입하고도 5일 이내에 그 내용을 금융감독위원회와 증권거래소에 보고하지 않았다는 공소사실에 대하여, 피고인은

위 주식의 취득 당시 이머징창투가 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅에 200억 원을 대출하고, 그 담보로 위 주식 620만 주를 취득하는 것으로 하되, 이머징창투의 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅에 대한 대출금의 상환기일을 대출일로부터 30일로 정하고, 대여금 채무의 변제는 대주가 담보 주식의 소유권을 대주에게 귀속시키거나 이를 처분하여 대여금 채무의 변제에 충당하는 방법으로 하기로 하는 내용으로 계약서를 작성하였는데, 그 문언에 따르면, 마치 30일이 지나야 이머징창투가 그 주식의 소유권을 갖거나 처분권한을 갖는 것처럼 보이는 면이 없지는 아니하나, 계약당사자인 아세아종금의 신00(모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅)과 피고인(이머징창투)은 매매의 의사를 가지고 위와 같은 법률행위를 한 것이므로(위 620만 주의 시가는 74억 원에 불과하였기 때문에 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅이 200억 원을 변제하고 620만 주의 주식을 되찾아 간다는 것은 상상할 수 없는 일이다), 위 계약서에 의한 가장에도 불구하고 피고인의 이머징창투는 2000. 4. 19.경 위 620만 주의 아세아종금 주식에 대하여 매매로 인하여 소유권을 취득하였다는 이유로 피고인의 보고의무를 인정하고 증권거래법 제210조 제5호,제200조의2 제1항 위반의 점을 유죄로 판단하였다.

(2)증권거래법 제210조 제5호는 같은 법 제200조의2 제1항의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역 또는 5백만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고, 같은 법 제200조의2 제1항은 '주권상장법인 또는 협회등록법인의 주식 등을 대량보유(본인과 그 특별관계자가 보유하게 되는 주식 등의 수의 합계가 당해 주식 등의 총수의 100분의 5 이상인 경우를 말한다)하게 된 자는 그 날부터 5일 이내에 그 보유상황을 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회와 증권거래소(협회등록법인의 경우에는 협회를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 보고하여야 하며, 그 보유주식비율이 당해 법인의 주식 등의 총수의 100분의 1의 비율 이상 변동된 경우에는 그 변동이 있은 날부터 5일 이내에 그 변동내용을 대통령령이 정하는 바에 따라 금융감독위원회와 증권거래소에 보고하여야 한다'고 규정하고 있으며, 같은 법 제21조 제1항에서 '보유'는 소유 기타 이에 준하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우를 포함한다고 규정하고 있고, 이에 관한증권거래법시행령 제10조의4(소유에 준하는 보유)는 법 제21조 제1항에서 '소유 기타 이에 준하는 경우로서 대통령령이 정하는 경우'라 함은 다음 각 호의 1에 해당하는 경우를 말한다고 규정하면서 '1. 누구의 명의로든지 자기의 계산으로 주식 등을 소유하는 경우, 2. 법률의 규정 또는 매매 기타 계약에 의하여 주식 등의 인도청구권을 갖는 경우, 3. 법률의 규정 또는 금전의 신탁계약·담보계약 기타 계약에 의하여 당해 주식 등의 취득 또는 처분권한이나 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 갖는 경우, 4. 주식 등의 매매의 일방예약을 하고 당해 매매를 완결할 권리를 취득하는 경우로서 당해 권리행사에 의하여 매수인으로서의 지위를 갖는 경우, 5. 주식 등의 매매거래에 관한 유가증권옵션을 취득하는 경우로서 당해 유가증권옵션의 행사에 의하여 매수인으로서의 지위를 갖는 경우, 6. 법 제189조의4의 규정에 의한 주식매수선택권을 부여받은 경우'를 각 열거하고 있다.

(3) 우선 원심의 판단과 같이 피고인이 2000. 4. 19.경 위 아세아종금 주식 620만 주의 소유권을 취득하였는지 여부에 관하여 보건대, 원심 증인 최00의 증언과 기타 원심채용의 증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 아세아종금은 스타벤처컨설팅을 거쳐 아세아파이낸스에 200억 원을 대출하는 것으로 계약서를 작성하고, 아세아파이낸스는 다시 위 200억 원을 이머징창투에 대출하되 그 대여금의 변제는 아세아종금 주식 620만 주로서 대물변제할 수 있도록

약정하였으며(아세아파이낸스와 이머징창투 사이의 채무변제특약서), 이머징창투는 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅에 위 200억 원에 4억 원을 더한 금 204억 원을 변제기는 대여일로부터 30일 후, 이자율 연 10%로 하여 대출하면서(이머징창투와 모던벤처캐피탈 사이의 123억 원 대출약정 및 이머징창투와 스타벤처컨설팅 사이의 81억 원 대출약정), 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅은 이머징창투에게 위 대여금 204억 원에 대한 담보로 아세아종금의 주식 620만 주(실제는 아세아종금 소유)를 제공하되, 담보주식의 주권은 교부하나 명의개서는 하지 않고, 담보주식에 기한 의결권 기타 일체의 권리는 대주(이머징창투)가 행사하며, 대여금 채무의 변제는 대주(이머징창투)가 담보 주식의 소유권을 대주에게 귀속시키거나 이를 처분하여 대여금 채무의 변제에 충당하는 방법으로 하고, 따로 차주에게 금전적 의무의 이행을 요구하지 아니하는 것으로 약정하였고(이머징창투와 모던벤처캐피탈 사이의 123억 원 자금대여약정 및 이머징창투와 스타벤처컨설팅 사이의 81억 원 자금대여약정), 위 주식의 양도계약 당시 아세아종금의 주식을 차명으로 가지고 있던 모던벤처캐피탈과 스타벤처컨설팅은 사실상 위 주식을 종국적으로 이머징창투측에 귀속시킨다는 의사였고, 단지 이머징창투는 아세아파이낸스측에 200억 원의 대출을 갚는 방법으로 주식으로의 대물변제 방법을 남겨둔다는 의사였던 사실이 인정되는바, 이에 의하면, 원심의 판단과 같이 사실상 피고인이 2000. 4. 19.경 계약시점에서 사실상 위 620만 주 주식의 소유권을 확정적으로 취득하였다고 봄이 상당하고, 주식의 명의개서를 하지 않았더라도 계약상 피고인측에서 의결권을 포함한 주주로서의 모든 권리를 행사하고, 주권까지 교부받은 이상 피고인이 이를 사실상 처분할 수도 있는 지위에 있었다고 보여지므로 위 원심의 판단에는 증권거래법상 보유의 개념에 대한 법리오해 및 사실오인의 위법이 없다.

(4) 나아가, 가사 계약서의 문언과 같이 피고인이 위 주식 620만 주에 대한 소유권을 2000. 4. 19.경 취득하지 못하였다고 할지라도 이는 소유에 준하는 보유의 개념을 정한 증권거래법 시행령 제10조의4 제3호 소정 '법률의 규정 또는 금전의 신탁계약·담보계약 기타 계약에 의하여 당해 주식 등의 취득 또는 처분권한이나 의결권(의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 포함한다)을 갖는 경우'에 해당한다 할 것이므로, 피고인에게 위 증권거래법상의 보고의무를 인정함에 지장이 없다고 할 것이어서 결과적으로 원심의 판단에는 보유의 개념에 대한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다(피고인은 상고이유로 피고인의 이머징창투가 2000. 4. 19.경 취득한 권리가, 주식 620만 주의 가격이 30일이 경과한 후 대여금 상당액인 204억 원 이상으로 오르는 경우에 위 주식을 취득할 수 있는 것으로서 매매예약의 완결권 내지는 유가증권옵션이라고 주장하고 있으나, 기록에 비추어 살펴보면, 위 계약서의 문언만으로는 그와 같이 보기가 어려울 뿐 아니라 나아가 증권거래법상 소유에 준하는 '보유'에 대한 같은 법 시행령 제10조의4 제4호, 제5호를 포함한 같은 조제2호 내지 제6호의 규정은 장래 주식을 소유할 것이 예상되거나, 소유하지는 않지만 주식에 대한 의결권을 갖거나 의결권의 행사를 지시할 수 있는 권한을 가지는 경우를 '보유'로 규정한 것으로, 특히 위시행령 제10조의4 중 제4호, 제5호에 관하여는 피고인이 주장하는 바와 같이 그 종국적인 권리를 행사하여야만 '보유'로 본다는 것이 아니고, 권리의 종국적 행사 이전에 그와 같은 권리의 취득 자체를 '보유'로 규정한 것으로 해석하는 것이 타당하다고 할 것이고, 이와 같이 풀이하는 것이 장래의 권리를 규정한 다른 각 호 즉, 제2호, 제3호, 제6호의 규정과 비교하여서도 균형이 맞는 해석이라고 보여지므로, 피고인의 주장과 같이 피고인이 2000. 4. 19.경 위시행령 제10조의4 제4호(매매예약완결권취득),제5호(유가증권옵션취득)의 각 권리를 취득

한 것으로 본다 하더라도 이 역시 증권거래법상 '보유'의 개념에 해당하여 어느 모로 보나 피고인의 상고이유는 받아들일 수 없다).

(5) 결국, 원심판결에 상고이유로서 주장하는 바와 같은 증권거래법상 주식대량보유상황보고의무위반의 점에 대한 법리오해 및 채증법칙 위배로 인한 사실오인의 위법이 있다고 볼 수 없으므로 피고인의 상고이유 제5점은 이유 없다.

바. 제6점 :증권거래법 제188조의4 제1항 및 제2항 소정 '목적'과 범의에 관한 법리오해 및 사실오인의 점

(1) 원심은, 피고인이 리젠트증권 사장 고00, 회장 제임스 멜론(James Mellon) 등과 공모하여, 1999. 10.초 제임스 멜론으로부터 리젠트증권 주식 매집을 부탁받고, 1999. 10. 7.부터 1999. 11. 17.까지 8개 계좌를 통하여 리젠트증권 주식을 매매거래하는 과정에서, 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 1999. 10. 13.부터 1999. 11. 17.까지 제1심판결 별지 1 '진00의 통정매매내역' 기재와 같이 9회에 걸쳐 통정매매한 점(증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제1항 제1호,제2호위반), 유가증권시장에서의 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가매수주문하는 방법으로 매매거래를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로, 1999. 10. 7.부터 같은 해 11. 9.까지 사이에 제1심판결 별지 2 '진00의 고가매수내역' 기재와 같이 303회에 걸쳐 직전가(전일 종가) 및 상대호가 대비 고가매수주문 등을 함으로써 그 시세를 상승시키는 매매거래를 한 점(증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호위반), 상장유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하여 매수세를 유인하여 주가를 상승시킬 목적으로 1999. 11. 1.부터 같은 달 9.까지 사이에 제1심판결 별지 3 '진00의 허위주문내역' 기재와 같이 19회에 걸쳐 직전가 또는 전일 종가 대비 현저히 낮은 가격으로 대량 허위매수주문하는 방법으로 매수세가 성황을 이루는 것처럼 잘못 알게 한 점(증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4 제2항 제1호위반)에 대하여 각 피고인의 목적과 범의를 인정하여 피고인을 유죄로 판단하였다.

(2)증권거래법 제188조의4 제1항은 "누구든지 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서 제1호에서 "자기가 매도하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매수할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매도하는 행위"를, 제2호에서 "자기가 매수하는 같은 시기에 그와 같은 가격으로 타인이 그 유가증권을 매도할 것을 사전에 그 자와 통정한 후 매수하는 행위"를 각 규정하고 있는바, 여기서 '그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이라 함은 인위적인 통정매매에 의하여 거래가 일어났음에도 불구하고, 투자자들에게는 유가증권시장에서 자연스러운 거래가 일어난 것처럼 오인하게 할 의사로서, 그 목적의 내용을 인식함으로써 충분하고, 적극적 의욕까지는 필요하지 않다고 할 것이다.

(3) 또한, 증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의

매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결참조).

(4) 원심이 인용한 제1심판결의 채용증거들을 종합하면, 피고인은 고00으로부터 제임스 멜론이 리젠트증권 주식의 매집을 원한다는 의사를 전달받으면서 그 취지가 KOL 주식의 유상증자를 위하여 리젠트증권 주식의 주가를 상승시키기 위한 것이라는 점을 알고 있었고(피고인의 검찰 진술), 피고인이 매집을 의도한 미화 1,000만 $ 상당의 리젠트증권 주식물량은 당시 발행된 리젠트증권 전체주식 약 860만 주 중 KOL이 소유하고 있는 주식 69.95%와 증권금융에서 보유하고 있는 5%를 제외한 시중에 유통 중인 주식 약 25% 중 절반 가량을 매입할 수 있는 막대한 규모인 사실, 피고인이 이 사건 주식의 시세조종을 위한 거래기간 중 실제로 리젠트증권 주식을 거래한 양은 총 2,788,160주(매수 : 1,641,020주, 매도 : 1,147,140주)로서, 이는 위 기간 중 총 거래량의 33.13%(매수) 및 23.16%(매도)에 달하는 사실, 실제로 피고인의 주식매집으로 1999. 10. 7.부터 같은 해 11. 17. 사이 리젠트증권의 주가는 약 13,000원대에서 약 34,000원대까지 상승한 사실 등을 알 수 있는바, 위와 같은 이 사건 주식의 전반적인 거래상황과 이 사건 주가의 추이, 기타 증권시장의 상황 등 객관적 사실에 비추어 위 각 범죄행위의 목적과 피고인의 범의를 인정하여 피고인을 유죄로 판단한 원심의 조치는 위의 법리에 따른 것으로서 정당하고, 원심판결에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 증권거래법에 대한 법리오해 및 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 판단유탈의 위법이 없다.

피고인의 상고이유 제6점 역시 이유 없다.

(5) 죄수의 문제

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이다(대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결참조).

원심이 확정한 사실과 기록에 의하면, 피고인은 고00, 제임스 멜론(James Mellon) 등과 공모하여, 상장유가증권인 리젠트증권의 주식을 대량으로 매집하여 그 시세를 조종하려는 목적으로 여러 차례에 걸쳐 증권거래법 제188조의4의 제1항 제1호,제2호의 통정매매행위, 제2항 제1호 전단의 허위매수주문행위, 같은 호 후단의 고가매수주문행위 등의 불공정거래 행위를 반복하였음을 알 수 있는바, 이는 시세조종 등 불공정거래의 금지를 규정하고 있는 증권거래법 제188조의4에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여

반복한 범행이라 할 것이고, 이 사건 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되므로(대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결참조),피고인의 위 각 행위는 모두 포괄하여 증권거래법 제207조의2 제2호,제188조의4소정 불공정거래행위금지 위반의 일죄가 성립된다고 할 것이다.

이와 같은 법리에 비추어 원심판결의 죄수평가를 살펴보건대, 원심은 위 증권거래법위반의 점을 포함한 피고인의 이 사건 각 범죄사실에 대한 법령을 적용함에 있어 해당 적용법조를 나열하는 형식으로 표시하고 있어 원심이 포괄적 일죄에 해당하는 위 범죄사실을 형법 제37조전단의 경합범관계에 있는 것으로 잘못 판단한 것이라고 단정할 수 없을 뿐 아니라, 가사 원심이 위 각 증권거래법위반의 범죄사실을 형법 제37조전단의 경합범관계에 있는 것으로 보아 죄수에 대한 평가를 잘못하였다고 하더라도, 원심이 피고인에 대한 경합범 처리에 있어 형과 범정이 가장 중한 원심 판시 제3의 가. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄에 정한 형에 경합가중하여 처단형의 범위를 정한 이상 피고인에 대한 처단형의 범위는 원심의 위 각 증권거래법위반의 범죄사실에 대한 죄수평가와는 무관하게 정하여진 것으로 원심의 위 증권거래법위반 부분에 대한 죄수평가의 잘못은 판결 결과에 아무런 영향이 없다고 할 것이어서 이에 대한 상고이유보충서의 주장은 적법한 상고이유로도 되지 아니한다고 할 것이다(대법원 1979. 2. 13. 선고 78도3090 판결,대법원 2002. 5. 10. 선고 2000도5019 판결등 참조).

사. 제7점 : 5억 원 대출부분과 관련된 업무상 배임의 성부에 관한 사실오인 및 법리오해의 점

원심판결과 원심이 인용한 제1심판결의 채용증거들을 기록에 비추어 살펴보면, 원심이, 피고인이 경영하는 MCI코리아가 열린금고로부터 2000. 9. 15. 한정공영 명의로 5억 원을 현실로 대출 받아 가지고 있다가 그 다음날인 2000. 9. 16. 서민아 명의의 기존 대출금을 변제하는데 사용한 사실을 인정하고, 피고인이 대출 받은 다음 날 바로 다른 대출금의 변제에 사용하였다 하더라도 위 부분은 배임죄를 구성한다고 판단하여 피고인을 업무상 배임의 유죄로 인정한 조치는 수긍이 되고, 원심판결에 상고이유로서 주장하는 바와 같은 업무상 배임죄의 성립 여부에 대한 법리오해 및 심리미진이나 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없으므로 이 부분 상고이유의 주장도 이유 없다.

아. 피고인이 이상의 각 상고이유의 주장과 관련하여 내세우고 있는 대법원 판결들은 그 사안이나 취지를 달리하여 이 사건에 원용하기에 적절하지 아니하다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 제1점 : 2000. 5. 26.자 업무상 배임의 점에 대한 법리오해 및 사실오인의 점

원심은, 2000. 5. 26. 한스종금이 H창투에게 350억 원을 부당하게 대출하였다는 배임의 점에

관하여, 그 채용증거들을 종합하여, 2000. 5. 중순경 SPBC의 실체에 관하여 의구심을 갖고 있던 금융감독원에서 피고인에게 SPBC가 증자에 참여하겠다는 확실한 보장을 하라고 요구하자, 피고인과 신00은 한스종금이 MCI코리아에 증자보증금용으로 돈을 대출하고 그 돈을 다시 MCI코리아로부터 예치 받아 마치 MCI코리아가 증자보증금을 낸 것처럼 가장하기로 합의하고, 위 합의에 따라 한스종금은 2000. 5. 26. H창투에게 350억 원을 대출하고, 동시에 H창투는 그 중 330억 원을 MCI코리아에 재대출하고, 동시에 MCI코리아는 위 330억 원을 한스종금에 다시 예치하고, H창투는 나머지 20억 원을 한스종금에 다시 예치하였는데, 위 대출과 예금은 실제 자금이 나가고 들어오는 것 없이 서류상으로만 이루어진 사실을 인정하고, 위 인정 사실에 의하면, 한스종금의 자금은 대출과 동시에 예금으로 입금되었기 때문에 한스종금에 어떠한 손해도 있다고 할 수 없고, 또한 위와 같은 사실관계하에서 피고인에게 부실대출로 인하여 한스종금에게 손해를 끼치고, H창투에 이익을 준다는 배임의 범의가 있다고 하기도 어려우며, 그 밖에 달리 피고인이 한스종금에 손해를 끼치고 H창투에 이익을 얻게 하였다든가 또는 그러한 배임의 범의를 가지고 있었음을 인정할 아무런 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였는바, 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 위와 같은 원심의 사실인정 및 판단은 정당하고 원심판결에 상고이유로 주장하는 바와 같은 업무상 배임죄의 성립 여부에 대한 법리오해 및 사실오인의 위법이 없다.

검사의 이 부분 상고이유의 주장은 이유 없다.

나. 제2점 : 2000. 7. 12.자 업무상 배임의 점에 대한 법리오해 및 사실오인의 점

원심은, 그 채용증거들을 종합하여 2000. 6. 말경 피고인의 BIS 비율 조작이 실패로 돌아가고, 330억 원 정도의 증자로는 한스종금의 회생이 불가능하다는 점이 드러나자, 피고인과 신인철은 증자보증금과 대출금을 상계하기로 합의하고, 신인철이 금융감독원에 그 사실을 통보한 후 2000. 7. 12.경 증자보증금과 대출금을 상계한 사실을 인정하고, 위 상계로 인하여 한스종금은 MCI코리아에 대한 증자보증금 반환채무를 면하고, H창투는 한스종금에 대한 대출금 반환채무를 면하게 된 것일 뿐, H창투에 330억 원 상당의 재산상 이익이 생겼다거나 한스종금에 동액 상당의 손해가 생겼다고 볼 수 없고, 피고인에게 330억 원 상당의 주식을 발행하여 MCI코리아에 교부하고, H창투가 대출금을 변제하지 못할 경우에는 담보 유가증권을 처분하여 대출금을 상환 받아야 할 업무상의 의무가 있다고 볼 수 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였는바, 관계 증거를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 인정과 판단은 정당하고, 원심판결에 상고이유로서 주장하는 바와 같은 배임죄에 관한 법리오해 및 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

이 부분 검사의 상고도 이유 없다.

3. 결 론

그러므로 피고인과 검사의 상고는 모두 이유 없으므로 이를 모두 기각하기로 하여 관여 법

관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 이규홍(재판장) 송진훈 변재승(주심) 윤재식

□ 대법원 2002. 6. 14. 선고 2002도1256 판결

【판시사항】

[1] 시세조종 등의 금지에 관한증권거래법 제188조의4 제2항소정의 '매매거래를 유인할 목적'의 의미 및같은 항 제1호소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[2] 매수주문량이 많은 것처럼 보이기 위하여 매수의사 없이 하는 일련의 허수주문행위가증권거래법 제188조의4 제2항 제1호소정의 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당하는지 여부(적극)

[3] 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우의 죄수(=포괄일죄)

[4] 주식매매에 따른 시세차익을 얻을 목적으로 허수주문을 내어 주가를 상승시킨 다음 보유 주식을 고가에 매도하는 방법으로 수회에 걸쳐 여러 종목의 유가증권에 관하여 시세조종행위를 한 경우, 시세조종행위금지위반죄의 포괄일죄가 성립한다고 한 사례

[5]증권거래법 제207조의2단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'의 의미 및 그 산정 방법

【판결요지】

[1]증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서,제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 매매계약의 체결에 이르지 아니한 매수청약 또는 매수주문이라 하더라도 그것이 유가증

권의 가격을 상승 또는 하락시키는 효과를 가지고 제3자에 의한 유가증권의 매매거래를 유인하는 성질을 가지는 이상증권거래법 제188조의4 제2항 제1호소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위'에 해당하고, 단지 매수주문량이 많은 것처럼 보이기 위하여 매수의사 없이 하는 허수매수주문도본조 제2항 제1호가 금지하는 이른바 현실거래에 의한 시세조종행위의 유형에 속한다.

[3] 동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 한다.

[4] 주식매매에 따른 시세차익을 얻을 목적으로 허수주문을 내어 주가를 상승시킨 다음 보유 주식을 고가에 매도하는 방법으로 수회에 걸쳐 여러 종목의 유가증권에 관하여 시세조종행위를 한 경우, 시세조종행위금지위반죄의 포괄일죄가 성립한다고 한 사례.

[5]증권거래법 제207조의2단서 소정의 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제2항 제1호/ [2]증권거래법 제188조의4 제2항 제1호/ [3]형법 제37조/ [4]형법 제37조,증권거래법 제188조의4 제2항 제1호,제207조의2 제2호/ [5]증권거래법 제207조의2

【참조판례】
[1]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781)/[3]대법원1987. 5. 26. 선고 86도1648 판결(공1987, 1104),대법원 1990. 6. 26. 선고 90도466 판결(공1990, 1636),대법원 1993. 10. 12. 선고 93도1512 판결(공1993하, 3126),대법원 1995. 12. 26. 선고 95도2376 판결(공1996상, 650),대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결(공1996상, 1649)

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 태평양 담당변호사 가재환 외 2인
【원심판결】 서울지법 2002. 2. 27. 선고 2001노10301 판결

【주문】

원심판결을 파기하고 사건을 서울지방법원 본원 합의부에 환송한다.

【이유】

1. 상고이유 제1점에 대하여

가. 관련 증거를 기록에 의하여 살펴보면, 원심이 피고인에 대한 판시 범죄사실을 유죄로 인정한 제1심판결을 유지한 조치는 수긍할 수 있고, 거기에 주장과 같이 채증법칙을 어겨 사실을 오인한 위법이 없다.

나.증권거래법(이하 '법'이라고 한다) 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서,제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'라 함은 본래 정상적인 수요·공급에 따라 자유경쟁시장에서 형성될 시세 및 거래량을 시장요인에 의하지 아니한 다른 요인으로 인위적으로 변동시킬 가능성이 있는 거래를 말하는 것으로서, 이에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결참조).따라서 매매계약의 체결에 이르지 아니한 매수청약 또는 매수주문이라 하더라도 그것이 유가증권의 가격을 상승 또는 하락시키는 효과를 가지고 제3자에 의한 유가증권의 매매거래를 유인하는 성질을 가지는 이상 여기에 해당하고, 단지 매수주문량이 많은 것처럼 보이기 위하여 매수의사 없이 하는 허수매수주문도본조 제2항 제1호가 금지하는 이른바 현실거래에 의한 시세조종행위의 유형에 속한다고 할 것이다.

기록에 의하면, 피고인의 이 사건 주식매매거래는 매입한 주식을 고가에 매도할 목적으로 실제 매수의사가 없이 대량의 허수매수주문을 내어 매수잔량을 증가시키거나 매수잔량의 변동을 심화시켜 일반투자자의 매수세를 유인하여 주가를 상승시킨 다음 매수주식을 고가에 매도한 후 허수매수주문을 취소한 것임을 알 수 있는바, 위에서 본 법리에 비추어 볼 때, 이 사건 매매거래는 매매거래를 유인할 목적에서 이루어진 것으로서법 제188조의4 제2항 제1호에서 금지하고 있는 현실거래에 의한 시세조종행위에 해당한다고 할 것이다.

같은 취지에서 이 사건 매매거래를법 제188조의4 제2항 제1호위반이라고 판단한 원심의 조치는 정당한 것으로 수긍되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 법리오해 등의 위법이 없다.

2. 상고이유 제3점에 대하여

동일 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 하에 일정기간 계속하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에는 이들 각 행위를 통틀어 포괄일죄로 처단하여야 할 것이다(대법원 1996. 4. 23. 선고 96도417 판결등 참조).

원심이 확정한 사실과 기록에 의하면, 피고인은 자신이 주식을 매입한 다음 그 매입한 주식을 고가에 매도하여 차액에 따른 이익을 얻을 목적으로 단일하고 계속된 범의 하에 2000. 8. 1.경부터 2001. 2. 1.경까지 사이에 실제 매수의사가 없는 대량의 허수매수주문을 내어 매수잔량을 증가시키거나 매수잔량의 변동을 심화시켜 일반투자자의 매수세를 유인하여 주가를 상승시킨 후 매수주식을 고가에 매도하고 허수매수주문을 취소하는 동일한 방법으로 합계 7,542회에 걸쳐 168개 종목에 관하여 시세조종행위를 하였음을 알 수 있는바, 이는 동일 죄명에 해당하는 수 개의 행위를 단일하고 계속된 범의하에서 일정기간 계속하여 반복한 범행이라 할 것이고, 이 사건 범죄의 보호법익은 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 유가증권 거래의 공정성 및 유통의 원활성 확보라는 사회적 법익이고 각각의 유가증권 소유자나 발행자 등 개개인의 재산적 법익은 직접적인 보호법익이 아닌 점에 비추어 위 각 범행의 피해법익의 동일성도 인정되므로, 원심이 이 사건 각 범죄사실을 모두 포괄하여 법 제207조의2 제2호,제188조의4 제2항 제1호소정의 시세조종행위금지위반죄의 일죄가 성립한다고 판단한 조치는 정당하여 수긍되고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 경합범 내지 죄수에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

3. 상고이유 제2점에 대하여

법 제207조의2단서는 현실거래에 의한 시세조종행위를 금지한법 제188조의4 제2항 제1호위반행위로 얻은 이익 또는 회피한 손실액의 3배에 해당하는 금액이 20,000,000원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 회피손실액의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있는바, 여기에서 '위반행위로 얻은 이익'이라 함은 거기에 함께 규정되어 있는 '손실액'에 반대되는 개념으로서 당해 위반행위로 인하여 행위자가 얻은 이윤 즉 그 거래로 인한 총 수입에서 그 거래를 위한 총 비용을 공제한 차액을 말하고, 따라서 이 사건과 같은 현실거래로 인한 시세조종행위로 얻은 이익은 그 시세조종행위와 관련된 유가증권 거래의 총 매도금액에서 총 매수금액 외에 그 거래를 위한 매수수수료, 매도수수료, 증권거래세(증권거래소의 경우 농어촌특별세를 포함한다) 등의 거래비용도 공제한 나머지 순매매이익을 의미한다고 할 것이다.

그런데 기록에 의하면, 이 사건 시세조종행위와 관련된 주식 매매거래의 총 매도금액은 합계 금 24,879,623,980원이고 총 매수금액은 금 24,702,867,360원으로서 거래비용을 감안하지 아니한 시세차익은 합계 금 176,756,620원이지만, 여기에서 거래비용{매수수수료(0.028%), 매도수수료(0.028%), 증권거래세(0.3%)} 합계 금 88,521,970원을 공제하면 순매매차익은 합계 금 88,234,650원인 사실을 알 수 있는바, 원심이 이 사건 시세조종행위로 얻은 이익을 금 176,756,620원이라고 인정한 것은 '위반행위로 얻은 이익'에 관한 위와 같은 법리를 오해하

여 이익액을 잘못 산정한 것이라 할 것이고,법 제207조의2단서는 위반행위로 얻은 이익의 3배에 상당하는 금액 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있음에 비추어 볼 때 원심이 선고한 벌금 200,000,000원의 형은 법정형의 범위 내이기는 하지만 위와 같은 이익액의 과다 산정이 벌금액의 양정에 영향을 미치지 않을 것이라고는 할 수 없으니 이 점을 지적하는 취지의 상고이유의 주장은 이유 있다.

4. 그러므로 원심판결을 파기하고 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 유지담(재판장) 조무제 강신욱 손지열(주심)

□ 대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결

【판시사항】

[1] 시세조종 등의 금지에 관한 증권거래법 제188조의4 제2항 소정의 '매매거래를 유인할 목적'의 의미 및 같은 항 제1호 소정의 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지 여부의 판단 기준

[2] 주식 매집 행위가 속칭 작전행위로서 주식 매매거래의 유인 목적의 시세조종행위에 해당한다고 본 사례

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.

[2] 주식 매집 행위가 속칭 작전행위로서 주식 매매거래의 유인 목적의 시세조종행위에 해당한다고 본 사례.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제2항 제1호/ [2]증권거래법 제188조의4 제2항 제1호

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 소명 담당변호사 경수근 외 5인
【원심판결】 서울지법 1999. 5. 19. 선고 99노2265 판결

【주문】

상고를 기각한다.

【이유】

증권거래법 제188조의4 제2항은 "누구든지 유가증권시장 또는 협회중개시장에서의 매매거래를 유인할 목적으로 다음 각 호의 1에 해당하는 행위를 하지 못한다."고 규정하면서, 제1호에서 "단독으로 또는 타인과 공모하여 유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래 또는 그 위탁이나 수탁을 하는 행위"를 들고 있는바, 여기서 '매매거래를 유인할 목적'이라 함은 인위적인 조작을 가하여 시세를 변동시킴에도 불구하고 투자자에게는 그 시세가 유가증권시장에서의 자연적인 수요·공급의 원칙에 의하여 형성된 것으로 오인시켜 유가증권의 매매거래에 끌어들이려는 목적을 말하고, '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하는지의 여부는 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 유형, 그 유가증권 가격의 동향, 종전 및 당시의 거래상황 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다.

기록에 의하면, D 주식회사(이하 '소외 회사'라 한다)는 농약의 제조·판매 등을 목적으로 하는 중소기업체로서 1997년 1월 당시의 자본금이 약 35억 원으로 매출액 약 407억 원에 비하여 현저히 적고 발행주식의 총수도 약 70만 주로서 적은 편일 뿐만 아니라 증권시장에서 유통되는 주식의 거래량도 많지 않았으며 그 주가가 2만 원 대에 머물렀던 사실, 1997년 4월 증권시장에서 소외 회사의 인수합병(M&A)에 관한 소문이 나돌면서 그 주가가 크게 오르고 거래량도 급증하였으며, 피고인은 대학동창인 공소외 1로부터 소외 회사의 인수합병이 진행되고 있어 그 주가가 크게 오를 것이니 이를 매수하라는 권유를 받고 1997년 4월 하순 소외 회사의 주식 1만 주를 6억 7,500만 원(=1만 주×주당 67,000원 내지 68,000원)에 매입하였는데 그 대금 가운데 2억 7천만 원은 자신이 조달하였으나 그 나머지 약 4억 원은 신용매수로서 증권회사로부터 차용하여 충당하고 그 주식을 담보로 제공하여 그 주가가 4만 원 대 이하로 하락할 경우 담보부족의 우려가 있었던 사실, 그런데 소외 회사의 주가가 1997년 5월 폭락하기 시작하여 1997년 6월 초에는 4만 원 대에 이르렀고 그 주가하락으로 큰 손해를 보게 되었을 뿐만 아니라 담보부족을 걱정하여야 할 입장에 처하게 되자 피고인은 비슷한 처지의 공소외 증권회사 잠실지점장 공소외 2와 함께 공소외 1에게 항의하게 되었고 그 과정에서 공소외 1이 그 보유 주식을 고가에 처분하기 위하여 소외 회사의 인수합병의 정보를

퍼뜨리며 그 주식의 매입을 권유하였다는 것을 알게 된 사실, 이에 피고인은 1997년 7월 초순 공소외 2의 소개로 알게 된 공소외 증권회사압구정지점의 영업담당 과장인 원심 공동피고인 1에게 소외 회사의 인수합병이 추진되고 있어 주가가 크게 오를 것이라고 하며 그 주식의 매집에 참여하라고 권유하여 그로 하여금 그 고객인 원심 공동피고인 2의 예탁금으로 소외 회사의 주식을 매입하도록 권유한 사실, 피고인은 1997. 6. 4.부터 1997. 9. 30.까지 사이에 대우증권 삼풍지점 등에 본인과 직원 등의 명의로 개설된 7개의 계좌로 소외 회사의 주식을 거래하면서 전·후장의 각 시가(始價) 결정을 위한 거래에서부터 전일의 종가(終價) 또는 직전가(直前價)보다 고가의 매수주문을 하고, 장중거래(場中去來)에서도 직전가(直前價) 또는 상대호가(相對呼價)에 비하여 고가의 매수주문을 하며, 종가(終價) 결정을 위한 거래에서도 직전가보다 고가의 매수주문을 하는 등으로 51회에 걸쳐 합계 11,430주의 매매거래(이하 '이 사건 매매거래'라 한다)를 하여 그 주가를 인위적으로 고가로 형성시켰고, 그 무렵 공소외 2도 피고인과 같은 방법으로 66회에 걸쳐 합계 18,720주의 매매거래를 하였으며, 원심 공동피고인 1과원심 공동피고인 2또한 1997. 7. 21.부터 1997. 9. 18.까지 그들이 관리하는 계좌 사이에서 16회에 걸쳐 19,230주를 고가로 가장매매함과 아울러 37회에 걸쳐 21,150주를 직전가 내지 상대호가보다 고가의 매수주문을 하는 등에 의한 매매거래를 하였고, 그 결과 소외 회사의 주가가 1997년 6월 중순의 43,000원에서 1997년 9월 중순에는 115,000원으로 급등하였다가 그 이후 급락한 사실을 인정할 수 있는바, 이와 같은 소외 회사의 자본금의 규모와 발행주식의 총수, 피고인이 소외 회사의 주식을 매수한 경위, 이 사건 매매거래의 동기와 태양, 그 주가의 추이 및 당시의 거래상황 등을 종합하여 볼 때, 이 사건 매매거래는 소외 회사의 주가를 인위적으로 조작하여 상승시킴으로써 종전의 주가하락으로 인한 손해를 보전하고 담보부족 등을 해소하기 위하여 행하여진 변칙적 거래(속칭 '작전'행위)로서 '유가증권의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 그 시세를 변동시키는 매매거래'에 해당하고, 이와 같이 인위적인 조작으로 주가를 상승시킨 것은 일반 투자자로 하여금 소외 회사의 주식이 유망한 것처럼 오인시켜 그 주식의 매매거래에 끌어들이려는 목적에서 비롯된 것이라고 봄이 상당하다.

같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 주식매매거래의 유인목적과 시세조종행위에 관한 법리오해나 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 상고이유의 주장은 모두 이유 없다.

그러므로 상고를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.
대법관 유지담(재판장) 서성 배기원 박재윤(주심)

□ 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000도4444 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의4 제4항의 규정 취지 및 같은 항 소정의 사기적 부정거래행위의 판단 기준

[2] 주식회사의 대표이사가 분식결산의 방법으로 작성된 허위의 재무제표에 기초하여 그 회

사의 재무에 관하여 허위의 사항을 기재한 사업보고서 등을 증권거래위원회나 증권거래소에 제출하고, 불확실한 사업전망을 마치 확정되었거나 곧 착수할 것처럼 공표하면서 그 내용을 신문보도나 유인물을 통하여 홍보하여 그 회사의 주가가 상승하자 자신이 지배하는 주식을 매도하여 상당한 경제적 이득을 얻었고, 그에 앞서 미리 사모전환사채를 인수하는 방법으로 주식의 매도에 대비하였다가 주식을 매도한 후 그 전환사채를 주식으로 전환하여 그 회사에 대한 자신의 지분율을 유지한 경우, 증권거래법상 사기적 부정거래행위에 해당한다고 한 사례

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고, 같은 항 제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시가 된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전 기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있는바, 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 한다.

[2] 주식회사의 대표이사가 분식결산의 방법으로 작성된 허위의 재무제표에 기초하여 그 회사의 재무에 관하여 허위의 사항을 기재한 사업보고서 등을 증권거래위원회나 증권거래소에 제출하고, 불확실한 사업전망을 마치 확정되었거나 곧 착수할 것처럼 공표하면서 그 내용을 신문보도나 유인물을 통하여 홍보하여 그 회사의 주가가 상승하자 자신이 지배하는 주식을 매도하여 상당한 경제적 이득을 얻었고, 그에 앞서 미리 사모전환사채를 인수하는 방법으로 주식의 매도에 대비하였다가 주식을 매도한 후 그 전환사채를 주식으로 전환하여 그 회사에 대한 자신의 지분율을 유지한 경우, 증권거래법상 사기적 부정거래행위에 해당한다고 한 사례.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제4항/ [2]증권거래법 제188조의4 제4항

【전 문】

【피고인】 피고인
【상고인】 피고인
【변호인】 법무법인 바른법률사무소 담당변호사 박인호

【원심판결】 서울지법 2000. 9. 20. 선고 2000노6369 판결

【주문】

상고를 기각한다. 상고 후의 구금일수 중 120일을 원심판결의 본형에 산입한다.

【이유】

피고인과 변호인의 상고이유(피고인의 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 함께 판단한다.

1. 제1점에 대하여

기록에 의하면, 공소외 주식회사(이하 '공소외 회사'라 한다)의 대표이사인 피고인이 공소외 회사의 1996 사업연도 및 1997 상반기 결산결과 재무제표상의 흑자는 분식에 의해 이루어진 허위임에도 그와 같은 내용이 기재된 유인물을 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 재산상 이익을 얻고자 하였다는 공소사실 2의 나. 다항에 관하여 증권거래법 제188조의4 제4항 제2호 위반으로 공소가 제기되었고, 원심은 위 공소사실을 유죄로 인정하여 범죄사실에 이를 적시하고 이에 대하여 증권거래법 제207조의2 제2호, 제188조의4 제4항 제2호를 적용하여 처벌하고 있음을 알 수 있으므로, 원심판결에 위 법조 위반의 범죄사실을 적시하지 아니하였거나 공소제기의 효력에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다. 이 부분 상고이유는 받아들일 수 없다.

2. 제2점에 대하여

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하여 피고인이공소외 회사의회계팀장인 공소외인으로부터 1996 사업연도, 1997 전반기, 1997 사업연도의 각 결산결과를 보고받고 공소외인에게 흑자결산을 하도록 하거나 또는 적자규모를 줄이도록 지시하여 공소외인으로 하여금 각 사업연도의 매출채권 및 재고자산을 허위계상하는 방법으로 분식결산된 대차대조표 및 손익계산서 등 재무제표를 허위로 작성하도록 하고, 증권관리위원회와 증권거래소에 공소외 회사의 사업보고서 및 반기보고서상의 회사의 재무에 관한 사항에 위와 같은 허위의 재무제표 내용을 기재하여 제출하도록 한 범죄사실을 유죄로 인정하여 처벌한 조치는 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 잘못이 없다. 이 부분 상고이유도 받아들일 수 없다.

3. 제3점에 대하여

가. 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 고의로 허위의 시세 또는 허위의 사실 기타 풍설을 유포하거나 위계를 쓰는 행위를 금지하고, 같은 항 제2호는 유가증권의 매매 기타 거래와 관련하여 중요한 사항에 관하여 허위의 표시가 된 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발하게 함으로써 금전

기타 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 금지하고 있는바, 증권거래법이 이와 같이 사기적 부정거래행위를 금지하는 것은 증권거래에 관한 사기적 부정거래가 다수인에게 영향을 미치고 증권시장 전체를 불건전하게 할 수 있기 때문에 증권거래에 참가하는 개개의 투자자의 이익을 보호함과 함께 투자자 일반의 증권시장에 대한 신뢰를 보호하여 증권시장이 국민경제의 발전에 기여할 수 있도록 함에 그 목적이 있다고 할 것이므로, 여기서 유가증권의 매매 등 거래와 관련한 행위인지 여부나 허위의 여부 및 부당한 이득 또는 경제적 이익의 취득 도모 여부 등은 그 행위자의 지위, 발행회사의 경영상태와 그 주가의 동향, 그 행위 전후의 제반 사정 등을 종합적으로 고려하여 객관적인 기준에 의하여 판단하여야 할 것이다.

나. 원심판결 이유와 원심이 인용한 제1심판결 이유에 의하면, 원심은 그 채용증거들을 종합하여 피고인이, 공소외 회사의 전환사채를 낮은 가격으로 인수한 후 허위사실을 유포하는 등의 방법으로 주가를 상승하도록 한 후, 보유 주식을 매도하여 시세차익을 취득하는 한편 위 전환사채를 주식으로 전환하여 공소외 회사에 대한 피고인의 지분율을 유지하기로 마음먹고, 사실은공소외 회사가 유통단지를 조성하고자 하는 공소외 회사부천공장 부지 약 7만평과 그 인근 14만평 합계 21만여평이 유통단지 지정 및 유통센터 건립과 관련하여 어떤 내용도 확정된 바 없고 위 부지가 유통단지로 지정받을 가능성도 매우 희박한 상태였음에도 불구하고, 공소외 회사의 임원으로 하여금 1997. 2. 28.자 한국경제신문에 마치 경기도에서 1997년말 쯤 위 부지를 유통단지로 지정할 것이고, 2000년말 쯤 완공될 것이라는 취지로 허위 보도되게 하고, 1997. 5. 22. 서울경제신문에 공소외 회사가 유통단지를 개발하여 내년 하반기께 본격 공사에 착수할 계획이라는 취지로 허위 보도되게 하고, 1997. 4. 3. 롯데호텔에서 증권회사 관계자들을 상대로 피고인이 회사설명회를 개최하면서 1998년 상반기까지는 유통단지 지정을 받을 수 있을 것이라는 취지로 발표하고, 1997. 10. 1. 회사설명회를 개최하면서 같은 취지로 발표하고, 또한 1996 사업연도의 결산결과 및 1997 상반기의 결산결과가 재무제표상 흑자로 나타난 것은 분식결산에 의하여 이루어진 허위의 것임에도 소속 직원으로 하여금 1997. 3. 5.자 매일경제신문에 4년만에 흑자가 발생된 것처럼 보도되게 한 것을 비롯하여, 1997. 3. 14. 증권거래소 공시망에 같은 내용으로 허위 공시하고, 1997. 4. 3. 위 회사설명회에서 유인물에 같은 내용으로 허위기재하여 발표하고, 1997. 8. 8.자 서울경제신문에 1997 상반기의 순이익이 작년 동기보다 3배나 증가하였다는 취지로 허위보도되게 한 것을 비롯하여, 1997. 8. 9.자 한국경제신문에 같은 취지로 보도되게 하고, 1997. 10. 1. 위 회사설명회에서 유인물에 같은 내용으로 허위기재하여 발표하는 등으로 허위 사실을 유포하거나 허위표시를 한 문서를 이용하는 방법 등으로 1997. 2. 28.부터 같은 해 10월 1일 사이에 주가를 최저 금 7,100원에서 최고 금 22,400원까지 상승시키고, 1997. 7. 2.부터 같은 해 11월 22일 사이에 공소외 회사주식 1,495,999주를 매도하여 약 12,700,000,000원 상당의 이득을 취하였다는 범죄사실을 유죄로 인정하고 있는바, 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정은 모두 수긍이 가고, 위와 같이 피고인이 분식결산의 방법으로 작성된 허위의 대차대조표나 손익계산서 등 재무제표에 기초하여 공소외 회사의 재무에 관하여 허위의 사항을 기재한 사업보고서 등을 증권거래위원회나 증권거래소에 제출하고, 또 회사의 유통단지 건설사업 등 불확실한 사업전망을 마치 그러한 계획이 확정되었거나 곧 공사에 착수할 것처럼 공표하고 그 내용을 신문보도나 회사설명회 등에서의 유인물을 통하여 다시 홍보하여 회사의 주가가 상승하자 피고인이 지배하는 주식을 매도하여 상당한 경제적 이득을 얻었을 뿐만 아니라, 특히 위와 같은 허위 사실의 유포 등에 앞서 미리 사모전환사채를 인수하는 방

법으로 주식의 매도에 대비하였다가 주식을 매도한 후에 위 전환사채를 주식으로 전환하여 피고인의 지분율을 유지한 점에 비추어 보면, 피고인이 유가증권의 매매 등과 관련하여 부당한 이득을 얻기 위하여 허위의 사실을 유포하고, 중요한 사항에 관하여 허위의 표시를 한 문서를 이용하여 타인에게 오해를 유발함으로써 재산상의 이익을 얻었다고 할 것이고, 설사 상고이유에서 주장하는 바와 같이 피고인이 필요한 회사의 운영자금을 마련하기 위하여 자신이 보유하는 주식을 매도하였다고 하더라도 그와 같은 사정은 피고인에게 부당한 이득이나 재산상의 이익을 얻을 목적이 있었다고 인정하는 데에 아무런 장애가 되지 아니한다고 할 것이므로, 원심이 피고인을 증권거래법 제188조의4 제4항 제1호, 제2호 소정의 사기적 거래행위로 인한 증권거래법위반죄로 처벌한 조치는 정당하고, 거기에 피고인과 변호인이 각 상고이유에서 지적하는 바와 같은 피고인의 범의나 위 법조 소정의 증권거래법위반죄의 성립요건에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다. 이 부분 상고이유도 모두 받아들일 수 없다.

4. 그러므로 상고를 기각하고 상고 후의 구금일수 중 120일을 원심판결의 본형에 산입하기로 관여 법관의 의견이 일치되어 주문과 같이 판결한다.
대법관 이용우(재판장) 조무제 강신욱 이강국(주심)

□ 대법원 2001. 11. 27. 선고 2001도3567 판결

【판시사항】

[1] 증권거래법 제188조의4 제1항 위반죄가 성립하기 위한 주관적 요건인 같은 항 소정의 '거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나, 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'의 의미 및 그 판단 방법

[2] 피고인에게 주식의 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있었다고 인정할 여지가 있다고 한 사례

【판결요지】

[1] 증권거래법 제188조의4 제1항은 공개경쟁시장에서의 자연적인 수요공급에 따른 거래가 아닌 통정매매 또는 가장매매로 인한 거래량 또는 가격의 변화가 자유로운 공개경쟁시장에서의 자율적인 수요공급에 따른 정상적인 것인 양 타인을 오도하여 현실적인 시세조종을 용이하게 하는 위장거래행위를 금지하는 데에 그 취지가 있는바, 위 조항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 오인하게 하거나, 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있어야 함은 물론이나, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니하고, 같은 조 제2항에서 요구되는 '매매거래를 유인할 목적'이나 제3항이 요구하는 '시세를 고정시키거나 안정시킬 목적', 그 밖에 '

시세조종을 통하여 부당이득을 취득할 목적' 등이 요구되는 것도 아니고, 이러한 목적은 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 태양(순차적 가격상승주문 또는 가장매매, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관여 등), 그 유가증권의 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성 및 공정성 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있다.

[2] 피고인에게 주식의 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있었다고 인정할 여지가 있다고 한 사례.

【참조조문】

[1]증권거래법 제188조의4 제1항/ [2]증권거래법 제188조의4 제1항

【참조판례】
[1]대법원 2001. 6. 26. 선고 99도2282 판결(공2001하, 1781)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 1인
【상고인】 피고인 및 검사
【변호인】 법무법인 광장 담당변호사 박준서 외 1인
【원심판결】 서울지법 200 1. 6. 13. 선고 2000노3490 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울지방법원 본원합의부에 환송한다.

【이유】

1. 검사의 상고이유를 판단한다.

가. 증권거래법위반 부분 공소사실의 요지

피고인 1은 1997년 초경 총 주식수가 480만 주(납입자본금 240억 원)에 불과하고 관리대상 종목인 삼익주택 주식회사의 주가가 주당 1,000원 이하이고 일평균거래량이 10,000주 이하로 거래가 활성화되어 있지 않으나 제3자 인수가 이루어지면 주당 7,000원 이상 상승할 수 있으므로 주가를 상승시키기 위한 매수세력을 섭외하기로 하고, 공소외1 증권서초지점 주식투자상담사이던 피고인 2에게 매수자 소개를 부탁하고 피고인 2는 이를 승낙한 후 피고인들의 관리계좌를 통하여 위 주식을 대량으로 매매하기로 결의하고, 유가증권시장에서 유가증권 매매거래에 관하여 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적으로, 공모하여,

(1) 1997. 6. 11.경공소외1 증권서초지점에서피고인 1이 관리하던 그의 처 공소외 2명의의 계좌에서 위 회사 주식에 대하여 주당 1,390원으로 10만 주의 매도주문을 내고피고인 2가 관리하던, 공소외 1 증권서초지점 박종칠의 처 조영애 명의의 계좌로 주당 1,400원에 3만 주, 서울증권 명동지점 박00 명의의 계좌로 주당 1,400원에 7만 주의 각 매수주문을 하도록 사전에 통정한 후, 위 회사 주식이 관리종목이어서 1일 2회 동시호가에 의해 계약이 체결됨에 따라 주문 마감시간인 15:00 직전인 14:58경 매도 주문을 내어 매매가 이루어지게 함으로써 피고인 1은 통정 매도행위, 피고인 2는 통정 매수행위를 하고,

(2) 같은 달 13일경피고인 1이피해자 1에게 위 회사 주식을 매수토록 권유하여피고인 2가 관리하게 된 동부증권 강남지점피해자 1의 계좌에서 주당 1,460원에 10만 주의 매수 주문을 내고피고인 2가 관리하던 공소외1 증권서초지점피고인 1명의의 계좌로 주당 1,430원에 90,960주의 매도 주문을 내기로 사전에 통정한 후 위 항과 같이 주문 제한시간 직전인 14:57경 매도주문을 내어 매매가 이루어지게 함으로써 피고인 1은 통정 매도행위, 피고인 2는 통정매수행위를 하고,

(3) 같은 해 8월 14일 위와 같은 방법으로 피고인 2가 관리하던 공소외 1 증권서초지점 박종칠 명의의 구좌 및 피고인 1 서00 명의의 구좌에서 합계 152,000주의 매수주문을 내고피고인 1이 관리하던 피고인 1명의의 선경증권 신사지점과 피고인 1의 처 공소외 2명의의 공소외 1 증권서초지점 및 선경증권 신사지점에서 총 169,760주의 매도주문을 내기로 통정한 후 위와 같이 주문마감시간 직전인 11:28경 매도주문을 내어 매매가 이루어지게 함으로써 피고인 1은 통정 매도행위, 피고인 2는 통정매수행위를 하고,

(4) 같은 해 6월 21일 선경증권 신사지점에서 피고인 1소유인 동인의 처 공소외 2명의 계좌로 10만 주의 매도주문을 내고, 피고인 1소유로서 공소외 1 증권서초지점에 개설된 피고인 1 서00 명의의 계좌로 77,000주 및 피고인 1소유로서 피고인 2의 처 공소외 3 서00 명의로 개설된 장은증권 서초지점 계좌로 약 23,000주의 매수주문을 하여 매매가 이루어지게 함으로써 각 권리의 이전을 목적으로 하지 않는 가장된 매매거래를 하였다.

나. 원심의 판단

원심은 그 채용한 증거에 의하여 피고인들이 공모하여 공소사실 기재와 같이 통정 매도·매수행위를 하고 가장된 매매거래를 한 사실은 인정하고서도, 다음과 같은 점에서 피고인들에게 위 각 거래에 관하여 매수세력을 섭외하여 삼익주택 주식을 10만 주 이상 대량매매하는 과정에서 시세조종을 통하여 주가를 인위적으로 상승시키거나 하락을 최소한으로 억제시켜 일반투자자로 하여금 위 주식의 매매거래가 정상수급의 원칙에 의하여 성황을 이루고 있는 듯이 오인시켜 거래를 유인할 목적이 있었음을 인정할 증거가 없다는 이유로 피고인들의 증권거래법위반의 공소사실에 대하여 이를 유죄로 인정한 제1심판결을 파기하고 무죄를 선고하였다.

즉, 원심은 우선 그 채용한 증거에 의하여 판시와 같은 각 사실을 인정한 다음, 그에 의하면

이 사건 각 거래의 직접적인 동기는, 1997. 6. 11.자 및 같은 달 13.자 통정매매의 경우피고인 1이 삼익주택의 공소외 호종일에 의한 인수를 확신하고 그 주식을 더 많이 확보하기 위한 자금마련을 목적으로 한 것이고, 1997. 8. 14.자 통정매매는 위와 같은 목적 및 주식의 과다보유로 인한 신고의무를 회피하기 위함이며, 같은 해 6월 21일 가장 매매거래는 타인에게 대여해 줄 금원을 마련하기 위한 목적이었지 시세조종 목적이 있었던 것으로는 보이지 않고, 매매거래의 회수도 모두 4회에 불과하고 거래량도 많으며 기간도 부정기적이어서 피고인들이 시세조종을 통하여 주가를 인위적으로 상승시키거나 하락을 최소한으로 억제시키기 위하여 위와 같은 매매를 하였다고 보기는 어려우며, 위 각 매매의 가격도 당시의 삼익주택의 주가에 비추어 비합리적으로 보이지 않을 뿐만 아니라 위 매매로 인하여 주가가 변동한 것으로도 보이지 않는다.

또한, 일반투자자인피고인 1과 투자상담사인피고인 22인만이 공모하여 오전·오후 각 1회씩만 거래가 되고 현금이 100% 있어야만 주문이 가능한 관리종목의 시세를 조종한다는 것은 통상의 시세조종행위의 태양에 비추어 극히 이례적이며, 증권감독원도 위 주식거래에 관하여 시세조종의 혐의를 발견하지 못한 점 등 이 사건 매매거래의 동기 및 태양, 거래의 합리성, 거래로 인한 주가에의 영향, 전후 상황, 공모관계 등에 비추어 보면, 당시 피고인들에게 그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있었다고 보기 어렵다.

이와 달리 공소사실에 부합하는 듯한 증거들인 피고인 2의 진술은 추측을 진술한 것이거나 일관성이 없는 점, 당시피고인 1로부터 고소를 당한 상태이었던 점 등에 비추어 믿기 어려울 뿐 아니라 피고인 1이 입고한 삼익주택 주식 50만 주를 매도하지 않기로 피고인들이 약속하였다 하더라도 그러한 사정만으로 피고인들에게 시세조종의 목적이 있었다는 점을 인정하기에는 부족하다는 것이다.

다. 대법원의 판단

그러나 위 통정매매 및 가장매매 당시 피고인들에게 삼익주택 주식의 매매거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 할 목적이 있었다고 하기에 부족하다고 본 원심의 판단은 다음과 같은 점에서 그대로 수긍할 수 없다.

증권거래법 제188조의4 제1항은 공개경쟁시장에서의 자연적인 수요공급에 따른 거래가 아닌 통정매매 또는 가장매매로 인한 거래량 또는 가격의 변화가 자유로운 공개경쟁시장에서의 자율적인 수요공급에 따른 정상적인 것인 양 타인을 오도하여 현실적인 시세조종을 용이하게 하는 위장거래행위를 금지하는 데에 그 취지가 있는바, 위 조항 위반죄가 성립하기 위하여는 통정매매 또는 가장매매 사실 외에 주관적 요건으로 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 오인하게 하거나, 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있어야 함은 물론이나, 이러한 목적은 다른 목적과의 공존 여부나 어느 목적이 주된 것인지는 문제되지 아니하고, 그 목적에 대한 인식의 정도는 적극적 의욕이나 확정적 인식임을 요하지 아니하고 미필적 인식이 있으면 족하며, 투자자의 오해를 실제로 유발하였는지 여부나 타인에게 손해가 발생하였는지 여부 등도 문제가 되지 아니하고, 같은 조 제2항에서 요구되는 '매매거래를

유인할 목적'이나 제3항이 요구하는 '시세를 고정시키거나 안정시킬 목적', 그 밖에 '시세조종을 통하여 부당이득을 취득할 목적' 등이 요구되는 것도 아니다. 그리고 이러한 목적은 당사자가 이를 자백하지 않더라도 그 유가증권의 성격과 발행된 유가증권의 총수, 매매거래의 동기와 태양(순차적 가격상승주문 또는 가장매매, 시장관여율의 정도, 지속적인 종가관여 등), 그 유가증권의 가격 및 거래량의 동향, 전후의 거래상황, 거래의 경제적 합리성 및 공정성 등의 간접사실을 종합적으로 고려하여 판단할 수 있는 것이다.

이 사건에 관하여 보건대, 기록에 의하면 삼익주택의 총주식수는 480만 주에 불과하고 관리대상종목으로서 주가는 1996년 초에 주당 1,800원 가량이었으나 이후 계속 하락하여 1997년 4월경 및 5월 초순경에는 주당 800원 내지 1,000원 사이에서 등락하였고, 일평균 거래량은 10,000주 가량이었던 사실, 피고인 1은 1997년 1월경 삼익주택의 전 사장으로서 대주주인 공소외 이종록으로부터 삼익주택 주식 495,000주를 제공받은 후 평소 자신이 알고 지내던 공소외 호00이 1997년 3월 내지 4월경부터 삼익주택의 인수를 추진하자 서로 다른 증권회사에 수개의 증권거래계좌를 실명 또는 차명으로 개설, 운영하면서 이 사건 통정 및 가장매매 이전에도 같은 해 4월 2일에 10,000주, 4월 3일에 17,840주, 4월 9일에 23,050주, 5월 19일에 36,000주, 5월 23일에 20,720주 등 일평균거래량을 넘는 삼익주택 주식을 지속적으로 매집한 사실, 한편 피고인 1은 친구로서 공소외 1 증권서초지점의 투자상담사이던 피고인 2및 같은 지점 차장이던 공소외 강00철에게 위 호00에 의한 삼익주택 인수 추진사실을 이야기하였고, 이에 위피고인 2및 강성철은피고인 1의 정보를 믿고서 자신이 관리하던 일반투자가들에게 삼익주택 주식을 매수하여 자신이 정하는 시기까지 이를 매도하지 말 것을 권유하여 그 고객들이 삼익주택의 주식을 집중적으로 대량 매수한 사실, 그러던 중 피고인 1은피고인 2와 함께 그가 주식계좌를 관리하여 주던 공소외 박종칠에게 삼익주택의 제3자 인수 추진사실을 말하면서 그 주식을 매수할 것을 권유하였으며, 이에 위 박종칠이 삼익주택의 주식을 매수하기로 결정하고 이를 피고인 2에게 위임하였고, 이에 따라 피고인 2는 1997. 6. 11.경 공소사실 (1)항 기재와 같이 피고인 1이 매도하는 삼익주택의 주식 10만 주를 매수한 사실, 공소사실 (1)항 기재의 통정매매를 한 다음날인 1997. 6. 12.피고인 1이 약 10여 년간 자신의 차량 세차를 위하여 단골로 이용하던 카센타의 업주인 공소외피해자 1에게 신문의 주식시세표를 보이면서 그 전날 통정매매로 거래되었던 삼익주택 주식 10만 주를 삼익주택에 대한 관리총책임자인 제일은행 전무가 샀다고 속이면서 피고인 1이 삼익주택 회장을 잘 아는데 틀림없이 제3자에게 인수되니 삼익주택 주식 10만 주를 사도록 권유하면서피고인 2를 소개시켜 주었고 위피고인 2도 삼익주택이 제3자에게 곧 인수되어 주식가격이 오를 것이라고 하면서 그 주식의 매수를 권유하여 이를 믿은 위피해자 1이 삼익주택 주식을 사겠다고 하자피고인 2가 같은 달 13일경 동부증권 강남지점에 위피해자 1의 계좌를 개설하고 공소사실 (2)항 기재와 같이 피고인 1이 매도하는 삼익주택 주식을 위피해자 1의 계좌에서 매수한 사실, 피고인 1이 정상적인 거래방법으로 10만 주의 매도주문을 내었을 경우 이 많은 물량을 전부 매도할 수 없었고 이로 인하여 주가가 상당한 정도 하락하였을 것임에도, 공소사실 (1), (2)항 기재의 통정매매로써 위 박종칠 및 피해자 1에게 주당 1,400원 및 1,430원에 삼익주택 주식 10만 주씩을 원활하게 매각할 수 있었던 사실, 피고인 1은 1997. 6. 18. 위와 같이 공소외 박종칠, 피해자 1에게 삼익주택 주식을 매도한 대금을 담보로 서울상호신용금고로부터 대출을 받아 공소외 1 증권 서초지점에 피고인 1 서00 명의의 계좌를, 장은증권 서초지점에공소외 3(피고인 2의 처) 서신금 명의의 계좌를 각 개설한 후 위 담보금과 대출금을 합한 금원

으로 삼익주택의 주식을 위피고인 1서울상호신용금고 계좌에서 같은 해 8월 중순까지 약 25만 주를, 위공소외 3서울상호신용금고 계좌에서 같은 해 9일까지 약 9만 주를 계속 매수함으로써 1997년 9월경까지 전체 주식 중 9% 내지 15.08%에 해당하는 431,860주 내지 723,960주를 보유하게 되었던 사실, 한편피고인 1은 1997년 8월 초순경피고인 2와 함께 다시 공소외 박종칠에게 삼익주택의 주식 10만 주를 매수해 줄 것을 요청하였고, 위 박종칠은 매수로 인하여 손실이 발생할 경우피고인 1이 매수원금 및 그에 대한 연 14%의 이자를 지급하고 이득이 발생할 때에는 이를 50:50으로 분배하는 수익보장약정을 조건으로 위 요청을 받아들여 피고인들이 요청한 위 10만 주를 포함하여 14만 주를 매수하기로 하고 이를 피고인 2에게 위임하였으며, 이에 따라 피고인 2는 공소사실 (3)항 기재와 같이 피고인 1이 매도하는 삼익주택 주식을 공소외 1 증권서초지점의 박종칠 계좌 및 피고인 1서울상호신용금고 계좌에서 매수한 사실, 삼익주택의 주가가 같은 해 5월 12일 이후 상승하기 시작하여 같은 달 30일에는 주당 금 1,680원까지 상승하였다가 하락세로 접어든 상황에서 공소사실 (1), (2)항의 통정매매가 이루어졌고, 이어 공소사실 (4)항의 가장매매가 있은 후 다시 주가가 상승하여 1997. 6. 30.에는 주당 금 1,900원에 이르렀으며, 이후 주가가 다소 하락세를 보이며 거래량도 미미한 상태가 지속되다가 공소사실 (3)항의 통정매매를 계기로 거래량이 대폭 증가하면서 주가가 급등하여 같은 해 9월초에는 주당 2,000원을 넘게 되고 같은 해 10월초에는 3,700원 이상이 된 사실, 호종일이 1997년 9월 중순경피고인 1에게 삼익주택의 인수를 포기한다는 의사를 밝혔으나, 피고인 1은 오히려 삼익주택의 제3자 인수가 임박한 것처럼 말하면서 피고인 2와의 당초 약정과 달리 자신이 보유하고 있던 주식을 몰래 처분하기 시작한 사실, 그리하여 피고인 1이 보유한 삼익주택의 주식은 1997. 8. 29. 717,710주(종가 1,900원)이었다가 9월 27일에는 618,570주(종가 3,900원), 10월 9일에 477,920주(종가 3,550원), 10월 13일에 329,460주(종가 4,430원), 10월 27일에 279,460주(종가 2,350원)가 되었고 이에 따라 위 피고인은 엄청난 매매차익을 얻은 사실을 알아 볼 수 있다.

위에서 본 바와 같은 삼익주택의 자본금 규모와 그 발행주식의 총수, 피고인 1이 삼익주택의 주식을 매수한 경위, 이 사건 매매거래의 동기와 태양, 피고인 1의 주식보유량과 그 변동, 그의 시장관여 정도, 그 주가의 추이, 종전 및 당시의 거래상황, 피고인들이 서로 다른 증권회사에 수개의 차명계좌를 개설, 운영하면서 매수 및 매도 주문을 분산시킨 점이나 이 사건 통정 및 가장매매에 있어 피고인들은 폐장시각으로부터 불과 수분 전에 매도 및 매수 주문을 내는 이른바 종가관여의 방법을 구사한 점, 이 사건 통정매매에서의 가격은 증권시장에서의 정상적인 거래에서 결정될 수 있는 주가보다 상당한 정도로 경제적 합리성과 공정성을 결하고 있는 점 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 보면, 비록 이 사건 통정매매 및 가장매매의 직접 동기가 원심 판시와 같이 주식의 추가매수 또는 금원 대여를 위한 자금의 확보 등이었다 하더라도, 당시 피고인들은 그와 함께 그러한 수법으로 주식을 주가의 폭락 없이 매도하여 그 자금을 손쉽게 조달하는 한편, 일반투자자들에 대하여 삼익주택의 주식거래가 증권시장에서의 정상적인 수요공급에 의하여 빈번하고 대량으로 행하여지고 있는 것 같이 잘못 알게 한다는 점에 대한 인식을 지니고 있었다고 봄이 상당하고, 따라서 당시 피고인들에게는 삼익주택 주식의 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적이 있었음을 인정할 여지가 있다 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 이와 달리 그 판시 증거들만으로는 피고인들에게 위와 같은 목

적이 있었다고 인정하기에 부족하고 달리 그 증거가 없다는 이유로 위 공소사실은 범죄의 증명이 없는 때에 해당한다고 판단한 데에는 증권거래법 제188조의4 제1항 소정의 위법목적에 관한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위배하여 사실을 오인함으로써 판결 결과에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이다. 이 점을 지적하는 검사의 상고이유의 주장은 이유 있다.

2.피고인 1의 상고이유를 본다.

제1심 및 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면, 피고인 1은 1997년 9월 말경 호00에 의한 삼익주택의 인수가 사실상 무산되어 삼익주택의 주가가 결국은 하락할 것으로 판단하고 그 이전에 자신이 보유하고 있던 삼익주택의 주식을 몰래 매도하기 위하여피고인 2, 공소외 강00 및 피해자 1에게 삼익주택의 제3자 인수가 임박한 것처럼 말하거나 행동하고, 이를 믿은 위피고인 2, 강성철이 관리하던 일반투자자 및 주위 사람들이 삼익주택 주식을 집중적으로 매수하자 이를 이용하여 자신이 보유하고 있던 삼익주택 주식을 몰래 매도한 사실, 피고인 1은피해자 1및 그의 매형인피해자 2에게 여유자금이 있다는 사실을 알고 위 피해자들에게도 자신의 주식을 매도하기 위하여피해자 1에게 "삼익주택의 제3자 인수가 거의 다 되었다. 이제 주식가격이 1-2만 원으로 올라가는 것은 시간문제이다."라고 제3자 인수가 곧 성사되고 뒤이어 주가가 급등할 것처럼 말하였고, 이를 믿은 피해자 1이 이를피해자 2에게 전달하면서 같이 삼익주택의 주식을 매수하자고 권유하였고, 이에 피해자 2가위와 같이 삼익주택을 매집하고 있던 피고인 2를 만나 삼익주택의 제3자 인수 및 그에 따른 주가의 급등가능성을 확인한 다음피해자 1과 함께 피고인 2에게 주식 매수를 일임하여 같은 피고인 이피고인 1과 통정하여 피고인 1이 매도하는 주식을 매수하여 준 사실을 넉넉히 인정할 수 있다.

이러한 주식매도과정, 피고인 1의피해자 1및 그의 친지들에 대한 주식 매각의사, 피고인 1의 주식이 곧바로 피해자 1,피해자 2에게 이전된 점 등에 비추어 살펴보면, 피고인 1은피해자 2가피해자 1및 피고인 2의 권유에 이끌려 자신이 매각하려 하는 주식을 매수하도록 할 의사를 지니고 있었음을 추단할 수 있고, 나아가피해자 1이나 피해자 2가호종일에 의한 삼익주택의 인수가 사실상 무산된 사정을 사전에 알았더라면 그 주식을 매수하지 않았을 것임은 경험칙상 쉽게 추측할 수 있으므로,피고인 1의 위 기망행위와 피해자들의 주식 매수행위 사이에는 인과관계가 있다고 보아야 하고, 따라서 이 사건 사기의 공소사실 전부에 대하여 유죄로 인정한 제1심을 유지한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인, 사기죄에 있어서 기망행위와 처분 사이의 인과관계에 관한 법리오해 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 피고인 1의 상고이유의 주장은 이유 없다.

3. 그러므로 원심판결 중 피고인들에 대한 무죄 부분은 각 파기되어야 할 것이고 유죄부분에 대한피고인 1의 상고는 이유가 없으나, 원심판결의 유죄부분은 무죄부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 이 사건에서 만일 무죄부분이 유죄로 인정되게 되는 경우에는 1개의 형을 선고하여야 할 것이므로 원심판결 중 무죄부분만이 아니라 원심판결의 유죄 부분도 무죄 부분과 함께 파기하여 사건을 원심법원에 환송하기로 하여 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 박재윤(재판장) 서성 이용우(주심) 배기원

□ 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3051 판결

【판시사항】

[1] 알선행위의 당사자가 아닌 제3자가 당사자와 공동가공의 의사를 가지고 금품 기타 이익을 중간에서 전달한 경우, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제7조 소정의 알선수재죄의 공동정범에 해당하는지 여부(적극)

[2] 증권거래법 제188조의4 제1항 소정의 통정매매의 구성요건 및 같은 조 제3항에 의해 시장조작행위가 허용되기 위한 요건

【판결요지】

[1] 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제7조 소정의 알선수재죄가 성립하려면 금융기관의 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속하거나 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속하는 행위가 있어야 하므로, 단지 알선행위의 당사자가 아닌 제3자가 그 대가인 금품 기타 이익을 중간에서 전달한 것에 불과한 경우에는 그 자체로 위 알선수재죄의 구성요건에 해당한다고 할 수 없으나, 그 제3자가 알선행위의 당사자와 공동가공의 의사를 가지고 금품 기타 이익을 중간에서 전달한 때에는 그 전달행위는 위 알선수재죄의 실행행위에 관여한 것으로서 공동정범의 죄책을 면할 수 없다.

[2] 증권거래법 제188조의4 제1항에서 금지하고 있는 시장조작행위의 일종인 통정매매는, 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 양 당사자가 미리 통정한 후 동일 유가증권에 대하여 같은 시기에 같은 가격으로 매수 또는 매도하는 행위로서, 당해 행위자에게 '그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이라는 불법목적이 있어야 하는 반면, 이러한 시장조작행위라고 하더라도 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 하는 경우에는 같은 법 제188조의4 제3항에 의하여 기간·가격 및 주체 등에 관한 엄격한 조건하에 예외적으로 허용되고, 이때 그 증권회사는 안전조작 또는 시장조성에 관한 신고서 및 보고서를 제출하여야 하며 이를 제출받은 증권관리위원회와 증권거래소 또는 증권업협회는 그에 따른 공시절차를 거쳐야 한다.

【참조조문】

[1]특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제7조,형법 제30조/ [2]증권거래법 제188조의4,제207조의2 제2호,증권거래법시행령 제83조의8,제83조의9,제83조의10,제83조의11,제83조의12,제83조의13,제83조의14

【참조판례】

[1]대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결(공1998상, 475)

【전 문】

【피고인】 피고인 1외 1인
【상고인】 피고인들
【변호인】 변호사 김석수 외 1인
【원심판결】 서울고법 1998. 8. 20. 선고 98노1417 판결

【주문】

상고를 모두 기각한다. 상고 후 구금일수 중 100일을피고인 1에 대한 본형에 산입한다.

【이유】

상고이유를 본다.

1.피고인 1의 상고이유에 대하여

가. 알선수재의 점에 대하여

특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제7조 소정의 알선수재죄가 성립하려면 금융기관의 임·직원의 직무에 속한 사항의 알선에 관하여 금품 기타 이익을 수수·요구 또는 약속하거나 또는 제3자에게 이를 공여하게 하거나 공여하게 할 것을 요구 또는 약속하는 행위가 있어야 하므로, 단지 알선행위의 당사자가 아닌 제3자가 그 대가인 금품 기타 이익을 중간에서 전달한 것에 불과한 경우에는 그 자체로 위 알선수재죄의 구성요건에 해당한다고 할 수 없으나, 그 제3자가 알선행위의 당사자와 공동가공의 의사를 가지고 금품 기타 이익을 중간에서 전달한 때에는 그 전달행위는 위 알선수재죄의 실행행위에 관여한 것으로서 공동정범의 죄책을 면할 수 없다고 할 것이다.

원심은, 제1심 판시 범죄사실 중 제1의 가, 나, 라, 바, 아.항 기재 각 사실에 관하여 제1심 채용 증거들에 의하여,m피고인 1이 다른 공범자와 주가조작을 위한 통정매매를 알선하여 주고 그 대가로 사례금을 받기로 모의하고 알선의뢰자로부터 받은 사례금을 다른 공범자에게 전달하는 등의 방법으로 금융기관의 임직원의 직무에 관한 사항의 알선에 관하여 금품을 수수한 행위에 관여한 사실을 인정한 다음, 위 피고인을 위 알선수재죄의 공동정범으로 의율처단하였는 바, 기록에 의하면 원심의 이러한 사실인정 및 법률판단은 수긍이 가고, 거기에 소론과 같은 판결 결과에 영향이 있는 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 알선수재죄에 대한 법리오인 또는 판단유탈의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지는 이유 없다.

나. 증권거래법상 통정매매의 점에 대하여

증권거래법(1997. 1. 13. 법률 제5254호로 개정된 이후의 것) 제188조의4 제1항에서 금지하고 있는 시장조작행위의 일종인 통정매매는, 상장유가증권 또는 협회중개시장에 등록된 유가증권의 매매거래에 관하여 양 당사자가 미리 통정한 후 동일 유가증권에 대하여 같은 시기에 같은 가격으로 매수 또는 매도하는 행위로서, 당해 행위자에게 '그 거래가 성황을 이루고 있는 듯이 잘못 알게 하거나 기타 타인으로 하여금 그릇된 판단을 하게 할 목적'이라는 불법목적이 있어야 하는 반면, 이러한 시장조작행위라고 하더라도 유가증권의 시세를 고정시키거나 안정시킬 목적으로 하는 경우에는 같은 법 제188조의4 제3항에 의하여 기간·가격 및 주체 등에 관한 엄격한 조건하에 예외적으로 허용되고, 이때 그 증권회사는 안전조작 또는 시장조성에 관한 신고서 및 보고서를 제출하여야 하며 이를 제출받은 증권관리위원회와 증권거래소 또는 증권업협회는 그에 따른 공시절차를 거쳐야 하는바, 기록에 의하면 위 피고인은 이와 같이 예외적으로 허용되는 시장조성이나 안정조작의 요건을 갖추지 아니한 채 주식회사 레이디가구의 주식을 주가의 폭락 없이 매도 또는 매수할 수 있도록 거래 당사자들과 미리 통정하여 동 주식을 다량으로 매매하는 행위에 가담하였으며 그 행위시에 위와 같은 불법목적을 가졌던 사실을 엿볼 수 있고, 이러한 주식거래는 증권거래소의 회원인 증권회사가 사전신고를 거쳐 대량매매를 성립시키는 소위 자전매매와는 구별되는 것이므로, 원심이 위 피고인의 판시 통정매도의 점을 유죄로 인정한 조치는 정당하고, 거기에 소론과 같은 채증법칙 위배로 인한 사실오인이나 증권거래법에 관한 법리오인 또는 판단유탈 등의 위법이 있다고 할 수 없다. 논지도 이유 없다.

2.피고인 2의 상고이유에 대하여

기록에 의하면, 피고인 2는 제1심판결에 대하여 양형부당만을 항소이유로 삼아 항소를 하였고 원심이 제1심의 양정이 적절하다는 이유만으로 위 피고인의 항소를 기각하였는바, 이러한 경우에는 위 피고인으로서는 항소이유로 내세운 바가 없는 심리미진으로 인한 사실오인 또는 판단유탈의 점을 들어 상고이유로 삼을 수 없다. 논지는 이유 없다.

3. 그러므로 상고를 모두 기각하고, 피고인 1에 대한 상고 후 미결구금일수 중의 일부를 그 본형에 산입하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.
대법관 이임수(재판장) 박준서(주심) 이돈희 서성

Ⅲ. 손해배상

□ 대법원 2004. 5. 28. 선고 2003다69607,69614 판결

【판시사항】

증권거래법 제188조의4 제2항 제1호의 시세조종행위에 의하여 당해 유가증권의 매매거래 또는 위탁을 한 투자자가 입은 손해의 산정방법

【판결요지】

증권거래법 제188조의4 제2항 제1호의 시세조종행위로 인하여 형성된 가격에 의하여 유가증권시장 또는 코스닥시장에서 당해 유가증권의 매매거래 또는 위탁을 한 투자자가 그 매매거래 또는 위탁에 관하여 입은 손해를 산정함에 있어서는, 그와 같은 시세조종행위가 없었더라면 매수 당시 형성되었으리라고 인정되는 주가(정상주가)와 시세조종행위로 인하여 형성된 주가로서 그 투자자가 실제로 매수한 주가(조작주가)와의 차액 상당(만약, 정상주가 이상의 가격으로 실제 매도한 경우에는 조작주가와 그 매도주가와의 차액 상당)을 손해로 볼 수 있고, 여기서 정상주가의 산정방법으로는, 전문가의 감정을 통하여 그와 같은 시세조종행위가 발생하여 그 영향을 받은 기간(사건기간) 중의 주가동향과 그 사건이 없었더라면 진행되었을 주가동향을 비교한 다음 그 차이가 통계적으로 의미가 있는 경우 시세조종행위의 영향으로 주가가 변동되었다고 보고, 사건기간 이전이나 이후의 일정 기간의 종합주가지수, 업종지수 및 동종업체의 주가 등 공개된 지표 중 가장 적절한 것을 바탕으로 도출한 회귀방정식을 이용하여 사건기간 동안의 정상수익률을 산출한 다음 이를 기초로 사건기간 중의 정상주가를 추정하는 금융경제학적 방식 등의 합리적인 방법에 의할 수 있다.

【참조조문】

증권거래법 제188조의4 제2항 제1호,제188조의5 제1항

【전 문】

【원고,피상고인】 강재구 외 51인 (소송대리인 법무법인 한누리 담당변호사 김상원 외 4인)
【피고,상고인】 현대증권 주식회사 외 1인 (소송대리인 법무법인 지평 담당변호사 조용환 외 2인)
【원심판결】 서울고법 2003. 12. 9. 선고 2002나3343, 3350 판결

【주문】

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

【이유】

1. 피고 이익치의 시세조종행위에 관한 사실오인의 주장에 대하여

원심은, 그 채용 증거들에 의하여 피고 이익치가 피고 현대증권 주식회사의 박철재 상무와 공모하여 그 판시 시세조종행위를 한 사실을 인정하였는바, 기록에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙 위배로 인한 사실오인 등의 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 피고들의 손해액 산정방식에 관한 주장에 대하여

가. 증권거래법 제188조의4 제2항 제1호의 시세조종행위로 인하여 형성된 가격에 의하여 유가증권시장 또는 코스닥시장에서 당해 유가증권의 매매거래 또는 위탁을 한 투자자가 그 매매거래 또는 위탁에 관하여 입은 손해를 산정함에 있어서는, 그와 같은 시세조종행위가 없었더라면 매수 당시 형성되었으리라고 인정되는 주가(이하 '정상주가'라 한다)와 시세조종행위로 인하여 형성된 주가로서 그 투자자가 실제로 매수한 주가(이하 '조작주가'라 한다)와의 차액 상당(만약, 정상주가 이상의 가격으로 실제 매도한 경우에는 조작주가와 그 매도주가와의 차액 상당)을 손해로 볼 수 있고, 여기서 정상주가의 산정방법으로는, 전문가의 감정을 통하여 그와 같은 시세조종행위가 발생하여 그 영향을 받은 기간(이하 '사건기간'이라 한다) 중의 주가동향과 그 사건이 없었더라면 진행되었을 주가동향을 비교한 다음 그 차이가 통계적으로 의미가 있는 경우 시세조종행위의 영향으로 주가가 변동되었다고 보고, 사건기간 이전이나 이후의 일정 기간의 종합주가지수, 업종지수 및 동종업체의 주가 등 공개된 지표 중 가장 적절한 것을 바탕으로 도출한 회귀방정식을 이용하여 사건기간 동안의 정상수익률을 산출한 다음 이를 기초로 사건기간 중의 정상주가를 추정하는 금융경제학적 방식 등의 합리적인 방법에 의할 수 있다 할 것이다.

원심이 이와 같은 손해액 산정방식을 채용한 조치는 정당하고, 거기에 시세조종행위로 인한 손해액의 산정방식에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 그러나 시세조종행위가 처음 일어난 시점이 언제인지에 관한 원심의 사실인정은 전후모순되고 이 점은 원심의 손해액 산정에 영향을 미쳤다고 할 것이다.

즉, 원심판결 이유 제1의 다. (4)항에서는 피고들의 시세조종행위가 처음 일어난 시점을 1998. 4. 4.로 보면서도(원심판결 12면), 제2의 나. (2)항에서는 이를 같은 달 9.로 본 감정인 함상문, 김우찬의 감정 결과를 그대로 채용하였다(원심판결 18면). 만약 시세조종행위의 개시시점이 같은 달 9.이 아니라 같은 달 4.이라면 원심 판시의 추정기간의 종기가 달라져 회귀방정식도 달라질 뿐만 아니라, 정상주가의 산정을 위한 기초값이라 할 수 있는 사건기간 직전일의 주가 또한 달라져 결과적으로 정상주가 나아가 배상할 손해액이 달라질 여지가 있다 할 것이다(기록에 첨부된 형사판결문에는 최초 시세조종행위일을 알아볼 수 있는 별지가 첨부되어 있지 아니한데, 감정인 함상문, 김우찬은 별지를 제외한 형사판결문을 기초자료로 제출받은 상태에서 같은 달 9.을 최초 시세조종행위일로 속단한 다음 이를 기초로 감정을 한 것으로 보인다).

따라서 금융경제학적 분석의 기초가 되는 최초 시세조종행위일에 관한 원심의 사실인정에는 이유모순 내지는 채증법칙 위배의 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 취지인 피고들의 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 그러므로 나머지 상고이유에 대하여 더 나아가 살펴볼 필요 없이 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여 관여 법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판단한다.
대법관 윤재식(재판장) 변재승 강신욱 고현철(주심)