



: 2020-01-30

## 서울남부지방법원

### 제 2 형 사 부

### 판 결

사 건 2018노2457 업무상배임, 업무상횡령  
피 고 인 A  
항 소 인 쌍방  
검 사 홍석기(기소), 김연희(공판)  
변 호 인 법무법인 담박 담당변호사 윤태식, 추정원  
원 심 판 결 서울남부지방법원 2018. 11. 21. 선고 2016고단6430 판결  
판 결 선 고 2019. 12. 20.

### 주 문

피고인과 검사의 항소를 모두 기각한다.

### 이 유

#### 1. 항소이유의 요지

##### 가. 피고인

1) 사실오인 내지 법리오해(유죄부분에 대하여)

○ 대외적으로는 D에게 주식매수선택권이 부여되는 외관이 갖추어졌으므로 D 명



의로 체결된 주식매수선택권 부여계약이 당연무효라고 볼 수 없고, 따라서 주식매수선택권 부여계약 체결 당시 업무상배임죄의 범죄행위가 종료되었다고 할 것이어서 이 사건 공소사실 중 업무상배임의 점은 공소시효기간(7년)이 경과하였으므로 면소가 선고되어야 한다.

○ 피고인은 주식매수선택권을 행사하는 시점 무렵에 입사한 임직원들 중 성과를 올린 임직원들에게 주식매수선택권 행사에 준하는 금전적 이익을 분배할 계획이었고, 실제로 전체 직원 4명에게 합계 1억 8,090만 원 상당의 상여금을 지급하였는바, 피고인에게는 배임의 고의가 없었다고 할 것이고, D에게 주식매수선택권 행사 대금으로 사용하라고 4,000만 원을 지급하는 등 주식매수선택권 행사에 따른 이익을 누린다는 불법이득의 의사가 없었다.

## 2) 양형부당

원심의 형(징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

## 나. 검사

### 1) 사실오인(무죄부분에 대하여)

주식회사 C의 회계담당직원 E의 법정진술이나 같은 O의 수사기관에서의 진술에 의하면, 피고인이 국고보조금을 그 목적 외의 용도로 사용한 사실이 충분히 인정됨에도 원심은 이 사건 공소사실 중 업무상횡령의 점에 대하여 무죄를 선고하였는바, 원심 판결에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

### 2) 양형부당

원심의 형은 너무 가벼워서 부당하다.

## 2. 판단



## 가. 피고인의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

### 1) 공소시효기간이 경과하였는지 여부

공소시효는 범죄행위가 종료한 때부터 진행한다(형사소송법 제252조 제1항). 형사소송법 제249조 제1항이 2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되면서 '장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 죄'의 공소시효가 7년에서 10년으로 연장되었다. 형법 제356조, 제355조 제2항에서 정한 업무상배임죄의 법정형은 '10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'이다.

한편, 계약 등 법률행위의 당사자들에게 일정한 의무를 부과하거나 일정한 행위를 금지하는 법규에서 이를 위반한 법률행위의 효력을 명시적으로 정하고 있는 경우에는 그 규정에 따라 법률행위의 유·무효를 판단하면 된다. 법률에서 해당 규정을 위반한 법률행위를 무효라고 정하고 있거나 해당 규정이 효력규정이나 강행규정이라고 명시하고 있으면 그러한 규정을 위반한 법률행위는 무효이다. 이와 달리 금지 규정 등을 위반한 법률행위의 효력에 관하여 명확하게 정하지 않은 경우에는 그 규정의 입법 배경과 취지, 보호법익, 위반의 중대성, 당사자에게 법규정을 위반하려는 의도가 있었는지 여부, 규정 위반이 법률행위의 당사자나 제3자에게 미치는 영향, 위반 행위에 대한 사회적·경제적·윤리적 가치평가, 이와 유사하거나 밀접한 관련이 있는 행위에 대한 법의 태도 등 여러 사정을 종합적으로 고려해서 효력을 판단하여야 한다(대법원 2018. 10. 12. 선고 2014다256894 판결 등 참조).

구 상법 제340조의2 제1항 본문은 "회사는 정관이 정한 바에 따라 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 회사의 설립·경영과 기술혁신등에 기여하거나 기여할 수 있는 회사의 이사·감사 또는 피용자에게 미리 정한 가액(이하 "株式買受選擇權의 行使



價額"이라 한다)으로 신주를 인수하거나 자기의 주식을 매수할 수 있는 권리(이하 "株式買受選擇權"이라 한다)를 부여할 수 있다."고 하면서도, 제2항은 "다음 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 제1항에 규정된 주식매수선택권을 부여할 수 없다."라고 하면서, 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10이상의 주식을 가진 주주(제1호), 이사·감사의 선임과 해임등 회사의 주요경영사항에 대하여 사실상 영향력을 행사하는 자(제2호), 제1호와 제2호에 규정된 자의 배우자와 직계존·비속(제3호)을 들고 있는데, 의결권 없는 주식을 제외한 발행주식총수의 100분의 10이상의 주식을 가진 주주 등을 주식매수선택권을 부여받을 수 없는 자로 규정한 것은 대주주들이 주식매수선택권을 이용하여 회사와 부당한 내부거래를 하는 것을 방지하기 위한 것이다.

위와 같은 구 상법 제340조의2 제1항, 제2항의 규정 형식과 내용 및 그 입법취지에 비추어 볼 때, 구 상법 제340조2 제2항의 규정은 강행규정이라고 보아야 하고, 따라서 주식매수선택권을 부여받을 수 없는 자와 주식매수선택권 부여계약을 체결한 경우에 있어서 그 계약은 계약의 상대방은 물론 이해관계인 등 모든 사람들에 대한 관계에서 무효라고 보아야 한다.

그리고, 형법 제355조 제2항의 배임죄 또는 형법 제356조의 업무상배임죄는 임무에 위배하는 행위로 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는 범죄인데, 이때 본인에게 재산상의 손해를 가한 것이라고 함은 본인의 전체적 재산가치가 감소됨을 가리키는 것으로서 본인에게 현실적인 손해를 입힌 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고(대법원 2007. 3. 15. 선고 2004도5742 판결 등 참조), 위와 같은 재산상 손해의 유무는 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악하여야 하나, 회사의 대표



이사가 그 회사 명의로 체결한 계약이 관련 법령이나 정관에 위배되어 법률상 효력이 없는 경우에는 그로 인하여 회사가 계약의 상대방에게 민법상 불법행위책임을 부담하게 되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 계약의 체결행위만으로 회사에 현실적인 손해가 발생하거나 재산상 실해 발생의 위험이 초래되었다고 할 수 없어(대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도6490 판결, 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011도3180 판결 등 참조), 그것만으로 배임죄의 구성요건이 모두 충족되어 범행이 기수에 이르렀거나 그 범행이 종료되었다고 볼 수 없다.

이 사건에서 같이 주식회사의 대표이사가 자신은 구 상법 제340조의2 제2항에서 규정한 '주식매수선택권을 부여받을 없는 자'에 해당하여 대표이사로 있는 회사와 주식매수선택권 부여계약을 체결할 수 없자 이를 회피하기 위해 직원의 명의를 빌려 주식매수선택권 부여계약을 체결한 경우 대표이사의 업무상배임죄는 최종적으로 주식매수선택권이 행사되고 그에 따라 신주가 발행된 시점에 종료되었다고 보아야 한다.

나아가, D은 검찰 조사에서 '2007. 3. 7. 주식매수선택권 부여계약 체결 당시 이름을 빌려 주었다', '피고인이 니것은 아니라는 취지로 말했다'고 진술하였는바(증거목록 순번 제26번 진술조서 제3, 4, 5쪽), 이에 비추어 보면, 피고인과 D은 2007. 3. 7. 주식매수선택권이 부여된 경위나 과정을 충분히 알았거나 알 수 있었다고 보지 않을 수 없어 주식회사 C가 D 등에 대하여 외관의 신뢰 또는 거래의 안전 등을 이유로 주식매수선택권 부여계약에 따른 의무를 이행하여야 하거나 피고인의 사용자로서 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 될 여지가 있다고 보기 어렵다.

위와 같은 사정을 종합하여 보면, 대외적으로는 D에게 주식매수선택권이 부여되는 외관을 갖추었으므로 주식매수선택권 부여계약이 당연무효라고 볼 수 없고, 따라서 피



고인의 업무상배임죄는 주식매수선택권 부여계약이 체결된 시점에 그 범죄행위가 종료되었다고 보아야 한다는 피고인의 주장은 이유 없다.

2) 피고인에게 배임의 고의 및 불법이득의사가 없었는지 여부

피고인은, 주식매수선택권을 행사하고, 그 무렵 임직원들에게 상여금을 지급하였다면서 자신의 이익을 위해서가 아니었으므로 배임의 고의 내지 불법이득의 의사가 있었다고 볼 수 없다는 취지로 주장하나, 피고인은 주식매수선택권의 행사에 따라 신주를 발행받음으로써 재산상의 이익을 취득하였으므로 배임의 고의 및 불법이득의사를 인정할 수 있고, 사후적으로 본인인 주식회사 C가 아닌 임직원들에게 상여금을 지급하였다고 하여 배임의 고의나 불법이득의 의사를 부정할 수 없다. 한편, 피고인이 D에게 주식매수선택권 행사대금 상당액을 지급하였다는 것은 차명으로 주식매수선택권을 부여받은 사실을 감추려는 것에 불과할 뿐이어서 이러한 사정 역시 마찬가지이다.

따라서 피고인의 이 부분 주장도 이유 없다.

나. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

우리 형사소송법이 공판중심주의의 한 요소로서 채택하고 있는 실질적 직접심리주의의 정신에 따라 제1심 판결내용과 제1심에서 적법하게 증거조사를 거친 증거에 비추어 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 관한 제1심의 판단이 명백하게 잘못되었다고 볼 만한 특별한 사정이 있거나, 제1심의 증거조사 결과와 항소심 변론종결 시까지 추가로 이루어진 증거조사 결과를 종합하면 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 관한 제1심의 판단을 그대로 유지하는 것이 현저히 부당하다고 인정되는 예외적인 경우가 아니라면, 항소심으로서 제1심 증인이 한 진술의 신빙성 유무에 관한 제1심의 판단을 존중하여야 한다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2011도5313 판결 등 참조).



이 같은 관점에서 보건대, 원심은, 원심이 적법하게 채택·조사하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정을 종합하여 보면, 이 사건 공소사실 중 업무상횡령의 점에 부합하는 듯한 E, O의 진술을 이를 그대로 믿기 어렵고, 달리 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 업무상횡령의 점을 인정하기에 부족하다고 보아 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다. 원심 판단을 기록과 대조하여 면밀히 살펴보면, 위와 같은 원심 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 주장은 이유 없다.

#### 다. 피고인과 검사의 양형부당 주장에 대한 판단

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고, 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살펴건대, 원심은 그 판시와 같은 여러 정상을 종합하여 그 형을 정하였다. 원심이 든 사정 이외에 당심에서 원심의 형량을 변경할 만한 새로운 사정을 찾을 수 없고, 그밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 동기와 수단, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 모든 양형요소를 참작하여 보더라도 원심의 양형이 너무 무겁거나 가벼워서 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 보이지 아니한다.

따라서 피고인과 검사의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면, 피고인과 검사의 항소는 모두 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

재판장      판사      선의종 \_\_\_\_\_



.  
: 2020-01-30

판사      조정민      \_\_\_\_\_

판사      이승원      \_\_\_\_\_