

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2014도12619 가. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)
나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)
[일부 인정된 죄명 특정경제범죄가중처벌등
에관한법률위반(배임)]
다. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)

피 고 인 피고인 1 외 3인

상 고 인 피고인들 및 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3에 대하여)

변 호 인 변호사 손지열 외 10인

원 심 판 결 서울고등법원 2014. 9. 12. 선고 2014노668 판결

판 결 선 고 2015. 9. 10.

주 문

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 유죄 부분(각 이유무죄 부분 포함)과 피고인 4에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.
피고인 3의 상고와 검사의 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 피고인들이 제출한 각 상고이유보충서 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인들의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 위반(조세)의 점에 관하여

1) 피고인 1, 피고인 2의 국내 차명주식 관련 양도소득세, 종합소득세 포탈 부분

가) 과세규정 시행 이후 신주인수권의 행사로 인한 주식 취득을 새로운 부정행위로 볼 수 없다는 주장에 관하여

1998. 12. 28. 법률 제5580호로 개정된 소득세법 제94조 제3호(이하 '이 사건 과세규정'이라 한다) 및 1998. 12. 31. 대통령령 제15969호로 개정된 소득세법 시행령 제157조 제4항은 주권상장법인 주식의 합계액 중 100분의 5 이상의 주식을 소유한 주주 등(이하 '대주주'라 한다)이 그 주식을 양도함으로써 발생한 소득을 양도소득세 과세대상의 하나로 새로이 규정함으로써 대주주의 주권상장법인 주식은 1999. 1. 1. 이후 양도하는 분부터 양도소득세 과세대상이 되었다.

원심은, 피고인 1이 비록 이 사건 과세규정이 시행되기 전인 1997. 3. 25. 공소의 1 주식회사(2002. 10. 17. 공소의 2 주식회사로 그 상호를 변경하였고, 2007. 9. 1. 공소의 2 주식회사와 공소의 3 주식회사로 분할되었다. 이하 '○○'라 한다)가 발행한 제 102회 신주인수권부사채를 임직원들 명의로 취득하였지만, 이 사건 과세규정의 시행으로 피고인 1이 대주주의 주식 양도로 인한 납세의무를 예견할 수 있게 된 후인 1999. 12. 20.부터 2002. 3. 14.까지 위 신주인수권부사채에 부여된 신주인수권을 행사하고

임직원들의 계좌를 통해 신주인수대금을 납입하는 방법으로 ○○ 주식을 차명으로 취득한 다음, 전담 직원을 두어 차명주식과 그 매각대금 등을 관리하게 하는 등의 행위를 한 점은 그 주식 등이 피고인 1의 소유임을 은닉함으로써 조세의 부과 징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 하는 별도의 '사기 기타 부정한 행위'에 해당한다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 규정과 관련 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 조세포탈죄의 성립에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나) 과세규정 시행 이후 취득한 기존 주식에 대하여 배정된 무상주가 조세포탈의 대상에서 제외되어야 한다는 주장에 관하여

원심판결 이유에 의하면, 피고인 1이 이 사건 과세규정이 시행된 후에 차명으로 취득한 ○○ 주식에 대하여 1999. 3. 12.경 주식배당 및 1999. 12. 8.경 자산재평가적립금의 자본전입이 이루어져 무상주가 배정된 사실을 알 수 있다. 이와 같이 이익잉여금 등을 자본에 전입하여 무상주가 배정되는 경우에는 기존 주식의 재산적 가치에 반영되고 있던 이익잉여금 등이 전입되면서 자본금이 증가함에 따라 그 증자액에 해당하는 만큼의 신주가 발행되어 기존의 주주에게 그가 가진 주식의 수에 따라 무상으로 배정되는 것이어서 발행법인의 순자산이나 이익 및 주주의 지분비율, 실질적인 재산적 가치에는 아무런 변화가 없다. 따라서 취득 당시 과세대상인 기존 주식에 대하여 '사기 기타 부정한 행위'가 인정되는 이상 자산재평가적립금이나 이익잉여금의 자본전입으로 기존 주식의 보유 비율에 따라 무상주가 배정되었다고 하더라도 그 무상주의 양도로 인한 포탈세액은 기존 주식의 취득으로 인하여 생겨난 것이므로, 이러한 무상주의 양도로 인한 양도소득세도 포탈세액에 포함된다고 할 것이다.

원심이 같은 취지에서, 위 무상주의 양도로 인한 양도소득세도 포탈세액에 포함된다
고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 포탈세액의 산정에 관한 법리
를 오해하는 등의 위법이 없다.

다) 명의신탁 증여의제 규정에 따른 증여재산가액의 필요경비 산입 주장에 관
하여

구 소득세법 제97조 제1항 제1호 (가)목 본문은 양도차익을 계산할 때 양도가액에서
공제하는 필요경비의 하나인 취득가액을 '취득에 소요된 실지거래가액'에 의하도록 규
정하고 있고, 구 소득세법 시행령(2008. 2. 22. 대통령령 제20618호로 개정되기 전의
것) 제163조 제10항(이하 '이 사건 시행령 규정'이라 한다)은 "법 제97조 제1항 제1호
(가)목 본문의 규정을 적용함에 있어서 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라 한다)
제33조 내지 제42조의 규정에 의하여 증여세를 과세받은 경우에는 당해 증여재산가액
또는 그 증·감액을 취득가액에 가산하거나 차감한다."고 규정하여 '상증세법 제45조의
2에서 정한 명의신탁재산의 증여의제에 의하여 증여세를 과세받은 경우'를 취득가액에
증여재산가액 등을 가산 또는 차감하는 대상에서 제외하고 있다.

원심은, 주식을 명의신탁하여 양도하는 경우 양도소득세를 부담하는 자는 신탁자인
반면 명의신탁재산의 증여의제에 따라 증여세를 부담하는 자는 수탁자로서 그 납세의
무자를 달리 하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 시행령 규정에서 명의신탁재산의
증여의제에 따른 증여재산가액을 취득가액에 가산하도록 규정하고 있지 아니하더라도
이중과세금지 원칙 등을 위반한 규정이라고 볼 수 없고, 달리 그 증여재산가액을 취득
가액에 가산할 법령상의 근거가 없으므로, 이를 취득가액에 가산할 수 없다고 판단하였
다.

원심판결 이유를 앞서 본 규정과 관련 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 이 사건 시행령 규정의 효력 및 취득가액의 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

라) 공소권 남용 및 공소사실 불특정 주장에 관하여

상고심은 항소법원의 판결에 대한 사후심이므로 항소심에서 심판대상이 되지 않은 사항은 상고심의 심판범위에 들지 않는 것이어서 피고인들이 항소심에서 항소이유로 주장하지 아니하거나 항소심이 직권으로 심판대상으로 삼은 사항 이외의 사유는 상고이유로 삼을 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도5214 판결 등 참조).

상고이유 중 이 부분 공소가 조세범칙조사심의위원회의 범칙조사 전환 불승인 결정에 반하여 제기되어 공소권 남용에 해당한다는 주장과 차명계좌의 개설시기 및 차명주식의 취득시기가 명시되어 있지 않아 공소사실이 특정되지 않았다는 주장은 위 피고인들이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바가 없는 것을 상고이유에서 비로소 주장하는 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다. 나아가 살펴본더라도 원심판결에 상고이유 주장과 같은 위법이 없다.

2) 피고인 1, 피고인 2의 부외자금 조성 관련 법인세 포탈 부분

가) 부외자금 조성 관련 조세포탈죄의 성립 여부에 관하여

법인세법에 의하면 법인이 사업집행상의 필요에 의하여 비용을 지출한 경우 손금으로 인정받을 수 있는 항목 및 그 용인한도액이 법정되어 있으므로 주식회사의 이사 등이 비용의 허위계상 또는 과다계상의 방법으로 공금을 정식경리에서 제외한 뒤 그 금액상당을 손금으로 처리한 경우 그 금액이 전부 회사의 사업집행상 필요한 용도에 사

용되었더라도 그 용도를 구체적으로 밝혀 그것이 손비로 인정될 수 있는 항목이고 손금용인한도액 내의 금액임을 입증하지 못하는 이상 조세포탈의 죄책을 면할 수 없다 (대법원 1989. 10. 10. 선고 87도966 판결 참조).

원심은, 피고인 1이 부외자금으로 ○○의 사업집행에 필요한 용도로 사용한 부분이 있다고 하더라도 그 대부분은 용도가 금액별로 구체적으로 밝혀지지 아니하여, 손비로 인정될 수 있는 항목으로서 손금용인한도액 내의 금액이라는 점을 인정할 자료가 부족하므로, 부외자금을 조성하는 과정에서 법인세를 포탈하였다고 인정함이 상당하다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 횡령죄와 조세포탈죄의 상관관계 등 조세포탈죄의 성립에 관한 법리, 허위계상 비용과 부외자금 지출항목의 손금 산입 등 포탈세액의 범위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나) 피고인 2의 2004. 11. 7. 이전의 법인세 포탈 부분에 대하여 책임이 없다는 주장에 관하여

원심은, 피고인 2가 부외자금 조성과 관련된 사기 기타 부정한 행위가 존재함을 알면서도 2004 사업연도 법인세 신고에 참여한 이상 각각의 부정행위에 참여한 바가 없다고 하더라도 2004 사업연도 법인세 포탈세액 전체에 대하여 공동정범으로서 책임이 있다고 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 원심이 적법하게 채택한 증거들에 비추어 살펴보면, 원

심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 조세포탈죄에서의 공범의 성립 및 자기 책임의 원칙에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

나. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 홍콩 법인 ○○ China Limited(이하 '○○ China'라고만 한다), 인도네시아 법인 PT. ○○ Indonesia(이하 '○○I'라고만 한다)에 대한 각 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라 한다) 위반(횡령)의 점에 관하여

1) ○○ China, ○○I에 대한 원심 공동피고인 5 명의 급여 횡령 부분

가) 제3자 영득 형태의 횡령죄 성립에 관하여

업무상횡령죄에 있어서 불법영득의 의사라 함은 타인의 재물을 보관하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 꾀할 목적으로 업무상의 임무에 위배하여 보관하는 타인의 재물을 자기의 소유인 경우와 같이 사실상 또는 법률상 처분하는 의사를 의미하므로, 반드시 자기 스스로 영득하여야만 하는 것은 아니다(대법원 2009. 10. 15. 선고 2009도 5655 판결 등 참조).

원심은, 피고인 1 등이 공모하여 원심 공동피고인 5가 ○○ China, ○○I에서 근무한 사실이 없음에도 마치 실제 근무한 것처럼 관련 서류와 회계장부를 조작하는 방법으로 원심 공동피고인 5에게 급여를 지급한 것처럼 가장하여 피해자 ○○ China, ○○I 소유자금을 유출하여 원심 공동피고인 5 명의의 서울 용산구 (주소 생략) △△하우스 302호(이하 '이 사건 빌라'라 한다) 구입 경비 등으로 사용하여 횡령하였다는 공소사실을 유죄로 인정하였는데, 원심의 이러한 판단은 위 법리에 따른 것으로 정당하고, 거기에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 죄형법정주의와 불고불리의 원칙을 위반하거나 횡령죄의 성립 및 횡령죄와 배임죄의 적용대상에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이

없다.

나) 불법영득의사에 관하여

원심은, 원심 공동피고인 5가 ○○ China, ○○I에서 근무하거나 그 업무를 수행한 사실이 없음에도 이 사건 빌라 대금의 정산을 위한 자금 조달 목적으로 ○○ China, ○○I로부터 약 3년에 걸쳐 함께 87억 원이 넘는 자금이 급여 명목으로 원심 공동피고인 5 명의 계좌로 지급된 점, ○○ China, ○○I는 ○○ 주식회사와 별개의 법인격을 가진 회사로 이 사건 빌라의 분양이나 원심 공동피고인 5에 대한 격려금 지급과 직접적인 이해관계가 없음에도 원심 공동피고인 5에게 급여를 지급하는 것처럼 가장하여 ○○ China, ○○I의 자금을 빼내어 이 사건 빌라 대금 정산에 사용하도록 한 것은 경영상 판단으로 정당하다고 볼 수 없는 점, 피고인 1이 자신의 재산이나 은행대출금으로 이 사건 빌라 대금을 지급한 후 이를 상환받는 방법으로 원심 공동피고인 5에 대한 급여 지급을 가장하여 ○○ China, ○○I의 자금을 사용한 것이므로 피고인 1에게 경제적 이해관계가 전혀 없다고 할 수 없는 점 등 그 판시와 같은 사정을 종합하여, 피고인 1 등의 불법영득의사를 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 횡령죄의 불법영득의사에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

다) 원천징수된 소득세액이나 이 사건 빌라 취득 과정에서 지출된 취득세·등록세 등의 비용을 횡령액에서 공제할 것인지에 관하여

기록에 의하면, 위 피고인들은 이 부분 상고이유를 항소이유로 주장하지 아니하였고

원심이 이를 직권으로 심판대상으로 삼은 바도 없음을 알 수 있으므로, 이 부분 상고이유는 적법한 상고이유가 될 수 없다.

나아가 살펴보더라도 위와 같은 금액을 횡령액에서 공제하지 아니한 원심의 판단에 책임주의 원칙 또는 죄형균형 원칙에 반하거나 특정경제범죄법 제3조의 이득액에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

2) ○○ China에 대한 피고인 2 명의 급여 횡령 부분

원심은, 피고인 1이 2010년 상반기까지 ○○ China로부터 고문료 명목으로 돈을 받다가 중단한 후, 피고인 1의 지시를 받은 피고인 2가 피고인 3과 함께 피고인 1의 해외 생활비 확보 방안을 논의한 결과 피고인 2가 자기 명의 계좌로 ○○ China로부터 급여를 받아 이를 피고인 1의 해외 생활비로 사용하도록 제공한 점, 피고인 1이 공소 사실과 같이 피고인 2 명의로 급여 명목의 돈을 받은 기간에 정식으로 ○○ China의 업무수행을 하였다면 자기 명의로 급여를 받지 못할 불가피한 사정이 있었다고 볼 자료가 없음에도 피고인 2로 하여금 ○○ China에 근무하는 것처럼 가장하여 급여를 받게 한 다음 이를 전달받아 사용한 점 등 그 판시와 같은 사정을 들어 이 부분 공소 사실을 유죄로 인정하였다.

원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 위 피고인들의 상고이유 주장과 같이 횡령죄의 성립, 증명책임의 소재, 불법영득의사에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

다. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 ○○ Japan 주식회사(이하 '○○ Japan'이라고

만 한다)에 대한 각 특정경제범죄법 위반(배임)의 점에 관하여

원심은, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4 등은 공모하여, 피고인 1이 실질적으로 소유·지배하고 있는 공소외 4 주식회사(이하 '공소외 4 회사'라고만 한다) 명의로 일본 동경에 있는 공소외 4 회사 빌딩과 Central 빌딩(각 부지 포함)을 매입하고 그 매입자금을 마련할 목적으로 ▽▽은행 동경지점(이하 '▽▽은행'이라고만 한다)으로부터 대출을 받으면서, ○○ Japan에 손해가 발생하지 않도록 그 재산을 보존·관리하여야 할 업무상 임무에 위배하여 ○○ Japan으로 하여금 각 대출금채무에 연대보증하게 함으로써 피고인 1에게 재산상 이익을 취득하게 하고 ○○ Japan에 손해를 가하였다는 이 부분 공소사실에 대하여, ① 채권자인 ▽▽은행은 공소외 4 회사가 주채무를 연체하게 될 경우 ○○ Japan에 대하여 바로 연대보증채무의 이행을 구할 수 있고, 이 경우 ○○ Japan의 전체 재산에 대하여 보증금액(대출 원리금) 상당의 손해가 발생할 위험이 초래되는 점, ② ○○ Japan이 연대보증채무를 이행한 후 채권자 ▽▽은행의 공소외 4 회사 빌딩 또는 Central 빌딩에 대한 근저당권을 대위하여 실행할 수 있다 하더라도 이는 손해가 발생한 후의 사정에 불과하고, 이러한 사정만으로는 상당하고 합리적인 채권회수 조치가 있었다고 보기 어려운 점, ③ 장차 각 근저당권의 실행에 의하여 실제 회수 가능한 채권액은 가변적이므로, 재산상 권리의 실행이 불가능하게 될 염려가 있거나 손해 발생의 위험이 있는 연대보증채무금 전액을 손해액으로 보아야 하고, 공소외 4 회사의 실질적 소유자 피고인 1도 같은 금액의 인적 담보가치라는 재산상 이익을 취득하였다고 볼 수 있는 점 등의 사정을 들어, 각 연대보증으로 인한 손해액은 연대보증의 피담보채무인 대출 원리금 상당액, 즉 공소외 4 회사 빌딩에 관하여는 대출원금 21억 5,000만 엔 및 액수 미상의 이자 상당액, Central 빌딩에 관하여는 대출원금 18억 엔

및 액수 미상의 이자 상당액으로 인정한 다음, 피고인 1의 이득액이 각 50억 원 이상이라고 보아 각 배임행위에 대하여 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호를 적용하였다.

그러나 위와 같은 원심의 판단은 다음과 같은 이유에서 그대로 수긍하기 어렵다.

형법 제355조 제2항의 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가함으로써 성립하고, 형법 제356조의 업무상 배임죄는 업무상의 임무에 위배하여 제355조 제2항의 죄를 범한 때에 성립하는데, 취득한 재산상 이익의 가액이 얼마인지는 범죄의 성립에 영향을 미치지 아니한다. 반면 배임 또는 업무상 배임으로 인한 특정경제범죄법 제3조 위반죄는 취득한 재산상 이익의 가액(이하 '이득액'이라 한다)이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상이라는 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 이득액에 따라 형벌도 매우 가중되어 있으므로, 특정경제범죄법 제3조를 적용함에 있어서는 취득한 이득액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형균형 원칙이나, 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 등 참조). 따라서 업무상 배임으로 취득한 재산상 이익이 있더라도 그 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는, 재산상 이익의 가액을 기준으로 가중 처벌하는 특정경제범죄법 제3조를 적용할 수 없다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도5220 판결 등 참조).

그런데 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, ① 공소외 4 회사 빌딩과 Central 빌딩은 일본 동경 중심가의 상업적 요지(미나토구 아카사카)에 있는 건물로 각 대출 당시 부동산 가격과 임대료의 상승이 예측되고 있었던 사실, ② 공소외 4 회

사는 2006. 12. 26. 공소외 4 회사 빌딩을 22억 엔에 매수하면서, ▽▽은행으로부터 이자는 엔화 리보(JPY LIBOR) + 1.574%, 기한은 36개월로 하여 그 매입자금으로 21억 5,000만 엔을 대출받고, 매월 원금 300만 엔씩을 분할 상환하는 것으로 약정하였는데, 대출 당시 이자는 연 1.95%였던 사실[따라서 이자율의 변동이 없다면 첫 달에 상환해야 할 이자는 월 349만 3,750엔(원금 21억 5,000만 엔 × 연 1.95% ÷ 12개월)이 되고, 시간이 지날수록 상환해야 할 이자액이 줄어들게 된다], ③ 공소외 4 회사 빌딩에서는 당시 연 1억 800만 엔(월 900만 엔)의 임대료 수입이 발생하고 있었으므로 그 임대료 수입만으로 대출 원리금을 상환할 수 있었고, 2007. 9. 무렵에도 연 1억 900만 5,000엔의 임대료 수입이 발생한 사실, ④ 공소외 4 회사가 ▽▽은행에 공소외 4 회사 빌딩에 관하여 위 대출금 채무의 담보로 채권최고액 21억 5,000만 엔의 근저당권을 설정해 준 사실, ⑤ 공소외 4 회사는 2007. 10. 12. Central 빌딩을 18억 엔에 매수하면서, ▽▽은행으로부터 이자는 엔화 리보(JPY LIBOR) + 1.16%, 기한은 36개월로 하여 그 매입자금으로 18억 엔을 대출받고, 매월 원금 150만 엔씩을 분할 상환하는 것으로 약정하였는데, 대출 당시 이자는 연 1.98%였던 사실[따라서 이자율의 변동이 없다면 첫 달에 상환해야 할 이자는 월 297만 엔(원금 18억 엔 × 연 1.98% ÷ 12개월)이 되고, 시간이 지날수록 상환해야 할 이자액이 줄어들게 된다], ⑥ Central 빌딩에서는 당시 연 8,000만 엔(월 약 667만 엔)의 임대료 수입이 발생하고 있었으므로 그 임대료 수입만으로 대출 원리금을 상환할 수 있었던 사실, ⑦ 공소외 4 회사가 ▽▽은행에 Central 빌딩에 관하여 대출금 채무의 담보로 채권최고액 21억 6,000만 엔의 근저당권을 설정해 준 사실, ⑧ 36개월의 대출기한은 만기 후 재약정을 한다는 의미이고 36개월이 지나면 곧바로 대출금 채권을 회수한다는 의미는 아니었던 사실, ⑨ 공소외 4 회사는 공소외 4 회

사 빌딩 매입 후 대출 원리금을 약정에 따라 정상적으로 상환하던 중 Central 빌딩까지 매입한 것이고, 그 후에도 2008. 12.까지 대출약정에 따라 원리금을 정상적으로 상환하였으며, 세계적 금융위기가 심화된 2009년 이후에도 이자는 정상적으로 상환한 사실, ⑩ 공소외 4 회사는 ▽▽은행과의 협의를 거쳐 2011. 4.부터는 원금상환을 유예받고 이자만 변제하였으나, 2013. 10.부터는 대출원금을 다시 정상적으로 상환하기 시작한 사실을 알 수 있다.

이러한 사실관계에 더하여 ① 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 4 회사가 각 연대보증 당시 이미 채무변제능력을 상실하였다거나, 공소외 4 회사가 자력으로 대출금 채무를 변제할 수 없어 ○○ Japan이 연대보증채무를 현실적으로 이행할 수밖에 없는 상황에 있었다거나 또는 그러한 상황이 발생할 상당한 개연성이 있었다고 보이지 아니하는 점, ② 일시적으로 건물가격이 하락하고 임대료 수입이 감소한 것은 2008년 이후 확산된 세계적 금융위기의 여파에 의한 것으로 각 연대보증 당시에 이러한 국제경제상황의 변화를 예견할 수 있었다고 보이지도 아니하는 점, ③ 각 연대보증으로 인하여 ○○ Japan이 부담하게 된 위험이 결과적으로는 현실화되지 아니한 점 등 기록을 통하여 알 수 있는 제반 사정들을 종합하면, 공소외 4 회사는 자본금이 공소외 4 회사 빌딩 매입 당시 300만 엔, Central 빌딩 매입 당시 3,257만 엔에 불과하였고, 위 빌딩들 외에는 아무런 자산이 없었으며, 각 대출 당시 ▽▽은행이 실시한 감정 결과 공소외 4 회사 빌딩은 16억 엔, Central 빌딩은 14억 엔으로 평가되어 감정가가 대출원금의 약 74.4%에서 77.7%에 불과하였고, 공소외 4 회사 빌딩에 관하여 1억 9,300만 엔 상당의 선순위 보증금반환채권이 있었으며, Central 빌딩에 관하여는 3억 5,550만 엔 상당의 선순위 보증금반환채권이 있었다는 등 제1심 및 원심 판시와 같은 사정만으로는,

연대보증 당시 주채무자 공소외 4 회사가 이미 채무변제능력을 상실한 상태에 있었거나 사실상 변제능력을 상실한 것과 같다고 평가될 정도의 상태에 있었다고 단정하기 어렵고, 오히려 연대보증 당시 공소외 4 회사가 상당한 정도의 대출금 채무를 자력으로 임의 변제할 능력을 갖추고 있었던 것으로 보인다.

따라서 이 사건은 배임행위로 인하여 취득한 재산상 이익의 가액(이득액)을 산정할 수 없는 경우에 해당한다고 보아야 함에도, 원심은 연대보증 당시 공소외 4 회사가 이미 채무변제능력을 상실한 상태에 있었음을 전제로, 판시와 같은 이유만으로 각 연대보증의 피담보채무인 대출 원리금 상당액을 이득액으로 하는 특정경제범죄법 위반(배임)죄를 유죄로 인정하였으니, 이러한 원심판결에는 특정경제범죄법 위반(배임)죄의 이득액 산정에 관한 법리를 오해함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 국내 차명주식 관련 양도소득세 포탈 부분(과세규정 시행 이전에 취득한 기존 주식에 따라 배정받은 무상주가 포함되어야 한다는 주장에 관하여)

원심판결 이유에 의하면, 피고인 1이 이 사건 과세규정이 시행되기 전에 차명으로 취득한 ○○ 주식에 대하여 1999. 3. 12.경 주식배당 및 1999. 12. 8.경 자산재평가적립금의 자본전입이 이루어져 무상주가 배정된 사실을 알 수 있다. 이와 같이 기존 주식의 취득 당시에는 조세납부의무가 없었으므로 대주주의 상장주식 양도로 인한 양도소득세 납세의무에 대하여 예견할 수 없었고, 자산재평가적립금 등 자본준비금이나 이익잉여금을 자본에 전입하여 무상주가 배정되는 경우에는 발행법인의 순자산이나 이익 및 주주의 지분비율, 실질적인 재산적 가치에는 아무런 변화가 없으므로, 취득 당시 과세대상

이 아닌 기존 주식이 과세대상으로 전환된 후에 그 기존 주식에 관하여 자산재평가적
립금이나 이익잉여금의 자본전입에 따른 무상주가 배정되었다고 하여 새로운 '사기 기
타 부정한 행위'가 있었다고 볼 수 없다.

같은 취지에서 원심이 위 무상주를 양도함으로써 얻은 양도소득에 대하여 별도의 조
세포탈죄가 성립하지 아니한다고 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이
논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 조세포탈죄에 관한
법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

나. 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 해외 특수목적법인(Special Purpose Company,
이하 'SPC'라 한다)을 이용한 양도소득세, 종합소득세 포탈 부분

1) ◇◇◇◇◇◇◇◇가 양도한 자산이 양도소득세 과세대상인 주식이라는 주장
에 관하여

원심은, 블룸버그(Bloomberg) 사이트에 '□□□□□□□□□□□□ LINKED NOTE'(이하 '이 사건 노트'라 한다)가 유가증권으로 등록되어 그 정보가 공시되어 있는 점, ◇◇
◇◇◇◇◇◇◇◇ 계좌내역에 기재되어 있는 이 사건 노트의 상환·매도 내역이 일반적인 주
식 매도내역과 차이가 있는 점, 이 사건 노트는 그 보관자에 의한 상환 요구가 있을 경
우 노트 발행자가 주식의 매도를 지시하고 그에 따른 주식 매도대금으로 채권을 상환하
는 형태로 거래되는 점에 비추어, ◇◇◇◇◇◇◇◇가 취득한 이 사건 노트는 주식의 보
관증서가 아닌 파생상품에 해당하여 소득세법상 양도소득세 과세대상에 해당하지 아니한
다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에
상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나

거나 양도소득세 과세대상에 관한 법리를 오해한 위법이 없다.

2) 해외 SPC를 이용한 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당한다는 주장에 관하여

원심은, 비록 피고인 1이 이 사건 각 SPC를 실질적으로 지배·관리하고 있어 피고인 1에게 과세대상 소득이 귀속된 것으로 보아야 하나, 이 사건 각 SPC를 이용하여 주식을 양도하거나 배당을 받은 행위에 조세회피 목적을 넘어서는 불법적인 적극적 소득은닉 행위가 있었다는 점에 관한 검사의 증거가 부족하다고 판단하여 이 부분 각 공소사실을 무죄로 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

원심판결 이유를 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 사기 기타 부정한 행위에 관한 법리를 오해하는 등의 위법이 없다.

다. 피고인 1의 부외자금 조성으로 인한 ○○ 주식회사에 대한 특정경제범죄법 위반(횡령) 부분

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다. 다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있는바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방

법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등의 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결 등 참조).

그런데 이 사건과 같이 피고인이 회사의 비자금을 사용한 사실은 인정하면서도 그 비자금을 회사를 위하여 인출·사용하였다고 주장하면서 불법영득의사의 존재를 부인하는 경우, 피고인이 주장하는 비자금의 사용이 회사의 운영과정에서 통상적으로 발생하는 비용에 대한 지출로서 회사가 그 비용을 부담하는 것이 상당하다고 볼 수 있는지 여부, 비자금 사용의 구체적인 시기·대상·범위·금액 등에 대한 결정이 객관적·합리적으로 적절하게 이루어졌는지 여부 등을 비롯하여 그 비자금을 사용하게 된 시기, 경위, 결과 등을 종합적으로 고려하여, 해당 비자금 사용의 주된 목적이 피고인들의 개인적인 용도에 사용하기 위한 것이라고 볼 수 있는지 여부 내지 불법영득의사의 존재를 인정할 수 있는지 여부에 대하여 판단하여야 할 것이다(대법원 2011. 12. 22. 선고 2011도12041 판결 등 참조).

한편 불법영득의사를 실현하는 행위로서 횡령행위가 있다는 점은 어디까지나 검사가 입증하여야 하는 것으로서, 그 입증은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도의 확신을 생기게 하는 증명력을 가진 엄격한 증거에 의하여야 하고, 이와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97도1962 판결 등 참조).

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어, 검사가 제출한 증거들만으로는 적어도 2003년부터 2005년까지 ○○ 주식회사의 부외자금이 조성될 당시 피고인 1이 그 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지에 관하여 합리적 의심의 여지가 없을 정도로 입증되었다고 보기 어렵고, 유죄의 의심이 간다 하더라도 그 기간에 해당하는 공소사실에 관하여는

피고인의 이익으로 판단할 수밖에 없으므로, 그 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하고, 나머지 1998년부터 2002년까지의 부외자금 조성에 의한 특정경제범죄법 위반(횡령)의 점은 공소시효가 완성되었다고 판단하였다.

원심판결 이유를 앞서 본 법리와 적법하게 채택된 증거들에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사의 상고이유 주장과 같이 부외자금 조성 횡령의 기수 시기와 불법영득의사에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나는 등의 위법이 없다.

라. 검사의 나머지 상고 부분

검사는 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 무죄 부분에 대하여 전부 불복하는 취지의 상고장을 제출하였음에도, 상고이유서에는 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3의 특정범죄가중법 위반(조세) 중 앞서 살핀 부분을 제외한 나머지 이유무죄 부분 및 피고인 1, 피고인 2의 특정경제범죄법 위반(배임) 중 이유무죄 부분에 관한 상고이유를 기재하고 있지 아니하므로, 이 부분에 대한 상고는 이유 없다.

3. 파기의 범위

앞서 본 이유로 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4의 각 특정경제범죄법 위반(배임) 부분(각 이유무죄 부분 포함)은 파기되어야 한다. 그런데 원심은 위 파기 부분과 피고인 1, 피고인 2의 각 특정범죄가중법 위반(조세) 부분(각 이유무죄 부분 포함) 및 ○○ China, ○○I에 대한 각 특정경제범죄법 위반(횡령) 부분을 형법 제37조 전단의 경합범 관계로 보아 위 피고인들에 대하여 각각 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 나머지 유죄 부분(각 이유무죄 부분 포함)도 파기될 수밖에 없다.

4. 결론

그러므로 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2에 대한 유죄 부분(각 이유무죄 부분 포함)과 피고인 4에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인 3의 상고와 검사의 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 박상옥 _____

 대법관 이상훈 _____

주 심 대법관 김창석 _____

 대법관 조희대 _____