

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2017도11564 가. 배임수재

나. 건설산업기본법위반

다. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허위세금
계산서교부등)(피고인 2 주식회사에 대하여 인정
된 죄명: 조세범처벌법위반)

라. 조세범처벌법위반[피고인 1, 3, 4에 대하여 인정
된 죄명: 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(허
위세금계산서교부등)]

마. 업무상횡령

피 고 인 피고인 1 외 3인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인 엘케이비앤파트너스 외 2인

원 심 판 결 부산고등법원 2017. 7. 6. 선고 2017노141 판결

판 결 선 고 2017. 12. 5.

주 문

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2 주식회사, 피고인 3에 대한 부분과 피고인 4에 대한
유죄 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 부산고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 다음 피고인 2 주식회사와 피고인 3의 변호인이 제출한 상고이유보충서는 상고이유를 보충하는 범위에서)를 판단한다.

1. 피고인 1

가. 건설산업기본법 위반

(1) 건설산업기본법에서 일정한 체육시설을 설치하는 건설공사는 건설업 등록을 한 건설업자가 하도록 규정하고 있다. 즉, 많은 사람이 이용하는 시설물로서 체육시설의 설치·이용에 관한 법률에 따른 체육시설 중 대통령령으로 정하는 체육시설에 해당하는 새로운 시설물을 설치하는 건설공사는 건설업자가 하여야 한다(건설산업기본법 제41조 제2항 제1호). 건설산업기본법 제96조 제5호는 위와 같은 의무를 강제하기 위하여 '제41조를 위반하여 시공한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.'고 정하고 있다.

건설업자는 이 법 또는 다른 법률에 따라 등록 등을 하고 건설업을 하는 자를 말한다(건설산업기본법 제2조 제7호). 여기에서 '건설업을 한다'는 것은 '건설공사의 시공분야를 수행하는 것을 업으로 한다'는 것을 의미하고, '시공'은 '직접 또는 도급에 의하여 설계에 따라 건설공사를 완성하기 위하여 시행되는 일체의 행위'를 의미한다(대법원 2017. 7. 11. 선고 2017도1539 판결 참조). 따라서 건설산업기본법 제96조 제5호, 제41조 제2항 제1호 위반행위의 주체는 '건설업 등록을 하지 않은 건설공사 시공자'와 같은 업무주에 한정된다고 보아야 한다.

반면 같은 법 제98조 제2항은 "법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인, 사용인,

그 밖의 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제94조, 제95조, 제95조의2, 제96조 또는 제97조 제1호·제2호·제3호의 위반행위를 하면 그 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에게도 해당 조문의 벌금형을 과한다."라고 정하고 있다. 위 규정의 취지는 위 제96조 제5호 등 벌칙 규정의 적용대상인 건설공사 시공자가 아니면서 그러한 업무를 실제로 집행하는 자가 있을 때 벌칙 규정의 실효성을 확보하기 위하여 적용대상을 해당 업무를 실제로 집행하는 자까지 확장하여 그 행위자도 아울러 처벌하려는 데 있다. 이러한 양벌규정은 해당 업무를 실제로 집행하는 자에 대한 처벌의 근거 규정이 된다(대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결, 대법원 2005. 12. 22. 선고 2003도3984 판결 등 참조). 결국 위 규정은 해당 법조의 위반행위를 건설시공자인 법인이나 개인이 직접 하지 않는 경우에 그 행위자나 건설시공자 쌍방을 모두 처벌하려는 것이므로, 이 양벌규정에 따라 건설시공자가 아닌 행위자도 업무주인 건설시공자에 대한 벌칙규정의 적용 대상이 된다(대법원 1997. 6. 13. 선고 97도534 판결 등 참조).

(2) 원심판결 이유에 따르면, 다음의 사실을 알 수 있다.

(가) 피고인 2 주식회사(이하 '피고인 2 회사'라 한다)는 이 사건 골프장 건설공사를 진행하던 중 그 집행기관으로 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라 한다)를 설립하였다.

(나) 피고인 1은 공소외 1 회사에서 공사를 총괄하기 위해 고용된 사장이다.

(3) 위에서 본 법리와 사실관계에 비추어 보면, 피고인 1은 건설산업기본법 제96조 제5호, 제41조 제2항 제1호의 적용대상인 '공사시공자'의 지위에 있지 않다고 볼 수 있다. 따라서 피고인 1의 건설산업기본법 위반 행위에 대해서는 직접 위 조항 위반죄로

처벌할 수 없고, 다만 피고인 1이 이 부분 공소사실의 실제 행위자라면 건설산업기본법 제98조 제2항에 기초하여 비로소 같은 법 제96조 제5호, 제41조 제2항 제1호의 적용대상이 된다.

그런데도 원심은 피고인 1이 이 사건 골프장 건설공사의 시공업무를 실제로 담당한 위반 행위자임을 인정하면서도 그 처벌 근거규정에 해당하는 양벌규정인 건설산업기본법 제98조 제2항을 적용하지 않은 채 같은 법 제96조의 제5호, 제41조 제2항 제1호를 적용하였다. 원심의 판단에는 건설산업기본법 제96조의 제5호, 제41조 제2항 제1호 벌칙 규정의 적용대상 또는 건설산업기본법의 양벌규정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

나. 배임수재

(1) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하면 배임수재죄가 성립한다(형법 제357조 제1항). 타인의 사무를 처리하는 자가 증재자(贈財者)로부터 돈이 입금된 계좌의 예금통장이나 이를 인출할 수 있는 현금카드나 신용카드를 교부받아 이를 소지하면서 언제든지 위 예금통장 등을 이용하여 예금된 돈을 인출할 수 있어 예금통장의 돈을 자신이 지배하고 입금된 돈에 대한 실질적인 사용권한과 처분권한을 가지고 있는 것으로 평가될 수 있다면, 예금된 돈을 취득한 것으로 보아야 한다.

원심은 피고인 1이 적어도 묵시적으로 공소외 2와 공소외 3으로부터 이 부분 공소사실 기재와 같은 부정한 청탁을 받고 그 대가로 공소외 2로부터 합계 1억 9,800만 원, 공소외 3으로부터 합계 68,413,821원을 취득한 사실을 인정하고, 공소외 2로부터 공소사실 기재 금액이 입금된 통장 등을 교부받고 공소외 3으로부터 예금 인출 기능이 있

는 신용카드를 교부받음으로써 예금 금액에 해당하는 재물을 취득하였다고 판단하였다. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 재물의 취득 시기와 취득액, 추징금 산정, 배임수재죄의 부정한 청탁에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

(2) 또한 원심은 피고인 1이 공소외 1 회사의 사장으로서 이 사건 골프장 건설공사를 총괄하는 업무에 종사하는 자임을 전제로 배임수재죄의 주체가 된다고 판단하였다. 따라서 위 피고인이 이 사건 골프장 건설공사의 시공자임을 전제로 배임수재의 구성요건인 타인의 사무를 처리하는 자의 지위에 있지 않다는 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

다. 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라 한다) 위반(허위세금계산서교부등)

(1) 불고불리의 원칙 위반과 피고인의 방어권 행사 침해 여부

재화 또는 용역을 공급하지 않거나 공급받지 않고 조세범 처벌법 제10조 제3항 각호의 행위를 한 경우 세금계산서나 계산서를 발급하거나 발급받은 때 또는 매출·매입처별세금계산서합계표나 매출·매입처별계산서합계표를 제출한 때에 각각의 문서마다 1개의 죄가 성립하는 것이 원칙이다. 그러나 특정범죄가중법 제8조의2 제1항(이하 '이 사건 법률조항'이라 한다)은 '영리의 목적'과 '세금계산서와 계산서에 기재된 공급가액이나 매출처별세금계산서합계표·매입처별세금계산서합계표에 기재된 공급가액 또는 매출·매입금액(이하 '공급가액등'이라 한다)의 합계액이 일정액 이상이라는 가중사유를 구성요건화하여 조세범 처벌법 제10조 제3항 위반과 합쳐서 하나의 범죄유형으로

정하고 공급가액등의 합계액에 따라 구분하여 법정형을 정하고 있다. 영리를 목적으로 단일하고 계속된 범의로 조세범 처벌법 제10조 제3항의 각 위반행위를 일정기간 계속하고 행위들 사이에 시간적·연관성이 있으며 범행의 방법에도 동일성이 인정되는 등의 경우에는 하나의 이 사건 법률조항 위반행위로 평가할 수 있다. 그 행위들에 해당하는 문서에 기재된 공급가액을 모두 합산한 금액이 이 사건 법률조항에 정한 금액에 해당하면, 그 행위들을 포괄하여 이 사건 법률조항 위반의 1죄가 성립할 수 있다(대법원 2015. 6. 23. 선고 2015도2207 판결 등 참조).

원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심이 피고인 1에 대하여 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 혐의로 기소된 각 범행의 허위 세금계산서와 매출·매입처별세금계산서합계표의 공급가액 합계액이 50억 원 이상에 해당하는 이상 포괄하여 이 사건 법률조항 위반의 1죄만이 성립한다고 판단한 것은 정당하다고 수긍할 수 있다. 또한 이 사건에서 상고이유 주장과 같이 위 피고인에 대한 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등)죄 중 일부가 포괄일죄가 아니라 실체적 경합범에 해당한다고 볼 경우 죄수가 증가하고 처단형이 높아져 오히려 피고인에게 불이익하게 되므로, 이를 상고이유로 삼을 수 없다(대법원 2013. 9. 26. 선고 2013도7219 판결, 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도810 판결 등 참조).

따라서 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 불고불리의 원칙을 위반하거나 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

(2) '영리의 목적'의 존부

특정범죄가중법 제8조의2 제1항에서 정하고 있는 '영리의 목적'이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말한다. 과세자료의 거래를 통하여 조세를 포탈함으로써 경제적

인 이익을 얻고자 하는 목적이나 부정한 이익을 얻으려는 범행의 수단으로 재화 또는 용역을 공급하지 않거나 공급받지 않고 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하거나 발급받아 경제적인 이익을 취득하려는 목적도 여기에 해당한다(대법원 2014. 9. 24. 선고 2013도5758 판결 참조).

원심은 이 부분 공소사실 기재 행위 당시 피고인 1에게 '직영공사를 통한 공사비 절감'이라는 간접적·경제적 이익을 얻으려는 목적이 있었고, 그와 같은 목적은 특정범죄가중법 제8조의2 제1항에서 정한 '영리의 목적'에 해당한다고 판단하였다. 원심판결 이유를 위에서 본 법리에 비추어 보면, 원심의 판단에 특정범죄가중법 제8조의2 제1항에서 정한 '영리의 목적'에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

(3) 공동정범의 성립 여부

원심은 피고인 1이 피고인 3, 피고인 4와 순차적 또는 암묵적으로 상통하여 허위의 세금계산서 수수와 허위의 매입처별세금계산서합계표 제출에 관한 의사의 결합이 이루어짐으로써 그에 대한 공모관계가 성립하였고, 그에 터잡은 '범죄에 대한 본질적인 기여를 통한 기능적 행위지배'도 있다고 보아 피고인 1에 대하여 공동정범의 성립을 인정하였다. 원심판결 이유를 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 공동정범의 성립에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

(4) 일부 실물거래가 포함된 허위 기재 매출처별세금계산서합계표를 제출한 행위에 관해 조세범 처벌법 제10조 제3항 제3호가 적용되는지 여부

매출·매입처별세금계산서합계표에 기재된 각 공급가액에 해당하는 실물거래가 전혀 존재하지 않거나 일부 실물거래가 존재하더라도 전체적으로 그 공급가액을 부풀려 허

위로 기재한 합계표를 정부에 제출한 경우에는 위 합계표를 구성하는 개별 세금계산서를 허위기재한 경우와 달리 그 가공 혹은 허위의 공급가액 부분 전체에 관하여 위 허위기재를 내용으로 하는 조세범 처벌법 제10조 제3항 제3호에서 정한 '재화 또는 용역을 공급하지 않고 부가가치세법에 따른 매출·매입처별세금계산서합계표를 거짓으로 기재하여 정부에 제출한 행위'에 해당한다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2010도336 판결, 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도9634 판결 등 참조).

따라서 허위로 기재된 매입처별세금계산서합계표에 실물거래가 일부라도 포함된 경우 조세범 처벌법 제10조 제3항 제3호가 아니라 같은 법 제10조 제2항이 적용되어야 한다는 상고이유 주장은 받아들일 수 없다.

(5) 이 부분 공소사실 기재 행위에 실물거래가 수반되었는지 여부

(가) 원심은 이 사건 공소사실 중 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분과 관련하여, 피고인 1이 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 제1심판결의 별지 범죄일람표 3 기재와 같이 실물거래가 수반되지 않은 허위 세금계산서를 교부받고 이 부분 공소사실 기재와 같이 허위의 매입처별세금계산서합계표를 관할 세무서에 제출한 사실을 인정한 다음, 위 범행들이 포괄하여 이 사건 법률조항 위반의 1죄에 해당한다고 보아 이 부분 공소사실을 전부 유죄로 판단하였다.

(나) 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심이 이 사건 골프장 건설공사 중 제1심판결 별지 범죄일람표 3 중 2014. 2. 20.자 공급가액 60,531,818원의 수정세금계산서와 세금계산서 부분을 제외한 나머지 부분에 관해 실물거래가 수반되지 않은 허위 세금계산서를 교부받고 허위의 매입처별세금계산서합계표를 관할 세무서에 제출한 사실이 인정된다고 판단한 것은 정당하다.

(다) 그러나 원심의 이 부분 판단 중 아래와 같은 부분은 그대로 받아들이기 어렵다.

이 사건 변경된 공소사실 중 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분의 공소사실과 같이 다수의 범죄사실이 포괄일죄의 관계에 있더라도, 법원은 피고인이 무죄를 주장하는 개개의 행위별로 그 변소 내용과 관련 증거를 제대로 살펴서 공소사실 범죄행위별로 유죄가 인정되는지 여부를 신중하게 판단하여야 한다.

상고이유를 원심판결과 기록에 대조해 보면, 피고인 2 회사와 피고인 3은 제1심에서 제1심 판결의 별지 범죄일람표 3 중 2014. 2. 20.자 공급가액 60,531,818원의 세금계산서와 수정세금계산서 부분이 공소외 4 주식회사가 실제로 공사를 하였던 물탱크 공사에 포함되는 부분이라고 주장하였다. 위 피고인들이 제출한 증거와 검사가 제1심에서 한 공소장변경 내역에 비추어 위 수정세금계산서와 세금계산서 부분이 실물거래가 있었다고 판단된 물탱크 공사에 포함되는 것으로 볼 여지가 있다. 이와 같이 허위세금계산서 수취 여부에 해당하는지 의심이 드는 부분이 있는데도 원심은 피고인이 무죄를 주장하는 개개의 행위에 대한 변소 내용을 관련 증거와 대조하여 제대로 살펴보지 않은 채 위 허위세금계산서 수취 부분을 유죄라고 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 필요한 심리를 다하지 않았거나 채증법칙을 위반하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 정당하다.

2. 피고인 2 회사, 피고인 3, 피고인 4

원심은 위에서 본 바와 같이 피고인 2 회사의 대표이사이던 피고인 3과 피고인 4가 피고인 2 회사의 공사총괄사장이던 피고인 1과 공모하여 제1심판결 별지 범죄일람표 3 중 2014. 2. 20.자 공급가액 60,531,818원의 수정세금계산서와 세금계산서 부분을 제외한 나머지 부분에 관해서 재화 또는 용역을 공급받지 않은 채 세금계산서를 교부받고

거짓으로 기재한 매입처별세금계산서합계표를 관할 세무서에 제출한 사실이 인정된다고 판단하였다. 원심판결 이유를 적법하게 채택한 증거에 비추어 보면, 원심의 판단에 상고 이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 조세범 처벌법 제10조 제3항 위반죄와 특정범죄가중법 제8조의2 제1항에서 정한 '영리의 목적'에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

3. 파기의 범위

가. 피고인 1에 대한 원심판결 중 건설산업기본법 위반 부분과 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분은 파기되어야 한다. 그런데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 배임수재죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 이들 모두에 대하여 하나의 형을 정해야 하므로, 피고인 1에 대한 원심판결은 전부 파기할 수밖에 없다.

나. 피고인 1의 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분에 관한 파기 이유는 피고인 1과 공동피고인의 관계에 있는 피고인 2 회사의 조세범 처벌법 위반과 피고인 3, 피고인 4의 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분에 대해서도 공통된다. 따라서 형사소송법 제392조에 따라 원심판결 중 피고인 2 회사, 피고인 3, 피고인 4의 해당 부분도 함께 파기되어야 한다.

피고인 4의 경우 특정범죄가중법 위반(허위세금계산서교부등) 부분이 파기되어야 한다. 그런데 이 부분은 원심이 유죄로 인정한 업무상횡령죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어서 이들 모두에 대하여 하나의 형을 정해야 하므로, 피고인 4에 대한 원심판결 중 나머지 유죄 부분도 함께 파기되어야 한다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2 회사, 피고인 3에 대한 부분과 피고인 4에 대한 유

