

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도3771 가. 농수산물의원산지표시에관한법률위반
나. 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)
[피고인 1에 대한 예비적 죄명 사기]
다. 사기

피 고 인 피고인 1 외 1인

상 고 인 피고인들

변 호 인 법무법인(유한) 지평(피고인 1을 위하여) 외 3인
법무법인(유한) 대륙아주(피고인 2를 위하여)
담당변호사 김수형 외 2인

원 심 판 결 서울고등법원 2022. 2. 10. 선고 2020노214 판결

판 결 선 고 2022. 6. 30.

주 문

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고인 2의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 피고인 1

가. 「농수산물의 원산지 표시에 관한 법률」 위반 부분

원심은 그 판시와 같은 이유로, ① '수입수산물인 중국산 참조기를 국내에서 굴비로 가공한 행위'에 대하여 구 「농수산물의 원산지 표시에 관한 법률」(2010. 2. 4. 법률 제 10022호로 제정된 것, 이하 '구 원산지표시법'이라 한다) 제5조 제1·4항 및 같은 법 시행령 제5조 제1항, [별표 1] 제3항 및 제2항 가.목에 따라 사용된 원료인 참조기의 원산지를 표시하여야 하고, 그 표시 방법은 대외무역법에서 정한 통관 시의 원산지 표시와 동일하게 '중국산'으로 할 것이 명시되어 있으므로, 중국산 참조기를 굴비로 가공한 경우에는 원료인 참조기의 원산지를 표시하여야 함에도, ② 피고인 1이 원료인 참조기 또는 가공품인 굴비의 원산지를 '국산'으로 표시한 행위는 구 원산지표시법 제6조 제1항 제1호에서 정한 '원산지 표시를 거짓으로 하거나 이를 혼동하게 할 우려가 있는 표시 행위'에 해당하고, ③ 피고인 1의 원산지 허위표시 범행은 동일한 죄명에 해당하는 수개의 행위를 단일하고 계속된 범의 아래 일정기간 계속한 것에 해당함은 물론 피해법익도 동일하여 포괄일죄에 해당하므로, 이에 대하여는 범죄 종료 시의 구 원산지 표시법이 적용되며, ④ 피고인 1이 이 부분 범행에 관하여 공소외 1, 피고인 2와 공모한 사실을 인정하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 원산지표시법의 적용 대상·범위, 구 원산지표시법 제3조 및 제6조 제1항 제1호의 해

석, 포괄일죄 및 공모관계의 성부에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기) 부분

1) 관련 규정

가) 구 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」(2011. 11. 14. 법률 제11086호로 제정된 것, 이하 '구 대규모유통업법'이라 한다) 제2조 제5호는 '특약매입거래'를 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품을 반품할 수 있는 조건으로 납품업자로부터 상품을 외상 매입하고 상품판매 후 일정률이나 일정액의 판매수익을 공제한 상품판매대금을 납품업자에게 지급하는 형태의 거래로 정의하였고, 부칙이 정한 바에 따라 2012. 1. 1. 이후 대규모유통업자와 납품업자 등 사이에 최초로 체결하거나 갱신한 계약부터 적용한다고 규정하였다. 또한, '매장임차인'을 대규모유통업자로부터 매장의 일부를 임차하여 소비자가 사용하는 상품의 판매에 사용하고 그 대가를 대규모유통업자에게 지급하는 형태의 거래를 하는 자로 규정하였고(제2조 제3호), '직매입거래'를 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품에 대한 판매책임을 부담하고 납품업자로부터 상품을 매입하는 형태의 거래로 규정하였으며(제2조 제4호), '위·수탁거래'를 대규모유통업자가 납품업자가 납품한 상품을 자기 명의로 판매하고 상품판매 후 일정률이나 일정액의 수수료를 공제한 상품판매대금을 납품업자에게 지급하는 형태의 거래로 정의하였다(제2조 제6호).

나) 공정거래위원회가 작성한 '대규모유통업 분야의 특약매입거래에 관한 부당성 심사지침'에는, ① 특약매입거래의 과정에 관하여 「상품 발주(대규모유통업자) → 상품 입고 → 검품·검수(빈번한 상품 입고로 인하여 당사자가 합의하여 생략 가능) → 외

상매입 처리(세금계산서 발행) → 판매상품분에 대하여 판매수수료를 공제한 후 판매대금을 납품업자에 지급 → 미판매분은 반품처리」라고 기재되어 있고, ② 특약매입거래의 특성에 관하여 「대규모유통업자가 입점(납품)업자로부터 상품을 외상 매입한 이후 상품 소유권을 취득한다는 점과 대규모유통업자 명의로 상품이 판매되고 판매대금도 대규모유통업자에게 일단 귀속되는 점에서 직매입과 유사한 측면이 있다. 그러나 대규모유통업자가 비록 자기의 이름으로 상품을 판매하지만 판매수수료를 공제한 후 대금을 입점(납품)업자에 지급한다는 점과, 판매되지 아니한 상품에 대해서는 반품할 수 있다는 점에서는 위·수탁거래와 유사한 측면이 있다. 또한 대규모유통업자가 상품 소유권을 보유하지만, 입점(납품)업자가 실질적으로는 상품에 대한 판매·재고관리 기능을 수행한다는 점과 대규모유통업자가 입점(납품)업자로부터 판매액수의 일정비율을 수수료 명목으로 수령한다는 점에서 임대차거래(매출액의 일정비율의 임대료를 수취하는 거래)와도 유사한 측면이 있다. 따라서 특약매입거래는 직매입과 임대차, 위·수탁거래의 특성이 혼재된 형태의 거래방식으로 볼 수 있다.」라고 기재되어 있고, ③ 판매수수료의 성격에 관하여는 「대규모유통업자와 입점(납품)업자 간 약정으로 결정되는 판매수수료는 입점(납품)업자가 대규모유통업자의 점포 내 매장을 이용하는 대가로서의 성격을 지닌다. 또한, 판매수수료는 대규모유통업자가 점포 차원에서 집객활동(예: 광고, 판촉활동 등)을 수행함으로써 입점(납품)업자의 매출증가에 기여하는데 대한 대가로서의 성격도 지닌다.」라고 기재되어 있다.

2) 원심은 위 사기의 공소사실에 관하여 그 판시와 같은 이유로, ① 공소외 2 회사와 공소외 3 회사 등과 사이의 굴비납품계약은 '특약매입거래'의 형태로 체결됨으로써 굴비의 소유권이 공소외 2 회사에서 공소외 3 회사 등을 거쳐 소비자에게 이전되며,

굴비납품 대가에 해당하는 대금의 소유권도 그 역순으로 이전되고, ② 공소외 2 회사에서 공소외 3 회사 등에 납품한 굴비가 모두 '영광굴비'라고 기망한 행위는 전체적으로 보아 사회관념 상 권리행사의 수단으로서 용인할 수 있는 정도를 넘은 위법한 행위임이 분명하며, 이러한 기망행위와 피해자의 착오 및 처분행위로서 납품대가의 지급사이의 상당인과관계도 인정되므로, ③ 공소외 2 회사가 공소외 3 회사 등을 기망하여 공소외 3 회사 등으로부터 수수료를 제외한 굴비납품 대금으로 지급받은 전액을 편취한 것으로 볼 수 있다고 하여, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다. 그러나 원심의 판단은 다음과 같은 이유로 이를 받아들이기 어렵다.

3) 먼저, 설령 이 부분 공소사실처럼 공소외 2 회사의 공소외 3 회사 등에 대한 굴비납품 대금 상당 사기의 점이 성립할 수 있음을 전제로 하더라도 그 편취액 내지 손해액의 산정에 관한 원심의 판단은 이를 수증하기 어렵다.

가) 사기로 인한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반죄는 편취한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억 원 이상 또는 50억 원 이상인 것이 범죄구성요건의 일부로 되어 있고 그 가액에 따라 그 죄에 대한 형벌도 가중되어 있으므로, 이를 적용함에 있어서는 편취한 재물이나 재산상 이익의 가액을 엄격하고 신중하게 산정함으로써 죄형균형 원칙이나 책임주의 원칙이 훼손되지 않도록 유의하여야 한다(대법원 2007. 4. 19. 선고 2005도7288 전원합의체 판결 등 참조). 그러므로 사기로 편취한 재물 또는 재산상의 이익의 가액을 구체적으로 산정할 수 없는 경우에는 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기)죄로 처벌할 수 없다(대법원 2012. 8. 30. 선고 2012도5220 판결 등 참조).

나) 원심이 적법하게 채택한 증거 및 기록에 따르면, 원심은 ① 공소외 3 회사 등

피해자별로 포괄하여 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조 제1항 제1호, 형법 제347조 제1항을 적용한 다음, 위 각 죄가 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있음을 인정하였는데, ② 공소외 2 회사에서 공소외 3 회사 등에 납품한 굴비 중 중국산 참조기를 이용하여 가공된 부분이 차지하는 비율·무게·수량·가격은 물론 그와 같이 가공된 굴비가 납품된 시기·장소·상대방을 특정할 수 있는 객관적인 증거가 불분명한 상태에서 범행에 가담한 피고인 2와 공소외 1의 막연한 추측성 진술만을 근거로 이 부분 공소사실을 모두 유죄로 판단하였다.

다) 그러나 위 원심판결 이유를 관련 법리에 비추어 보면, ① 공소외 3 회사 등에 납품·판매된 굴비 전부가 중국산 참조기로 가공된 것이라는 증거가 없는 한, 특정한 피해자에게 납품·판매된 굴비에 중국산 참조기가 상대적으로 높은 비율로 포함되었다면, 그 필연적인 결과로서, 다른 피해자들에 대하여는 상대적으로 국산 참조기로 가공된 정상적인 굴비가 납품·판매되었을 가능성을 배제할 수 없는데, ② 원심 별지 [피고인 1 범죄일람표 2 내지 5]에 기재된 모든 순번별 납품·판매된 굴비에 예외 없이 중국산 참조기가 사용되었다는 점에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 확신을 갖게 하는 증명력을 가진 증거에 따라 인정되었다고 볼 수 없고, 오히려 공소사실 기재 범행 기간에 해당하는 전체 납품기간 중 납품·판매된 굴비의 원료인 참조기 중 중국산은 20% 내지 30% 혹은 60% 정도라는 취지의 추상적인 진술증거만이 존재하는 이상, 피해자별로 범행의 시기·종기·피해액이 공소사실과 같다는 점이 증명된 것으로 볼 수 없고, ③ 한편, 모든 피해자들에 대하여 납품·판매된 굴비에 중국산 참조기가 포함되어 있다 하여도, 해당 피해자에 대한 별지 범죄일람표 중 어느 특정 순번의 시기에는 오직 국산 참조기로 가공된 굴비만 납품된 것으로 볼 여지가 있다면 피해자별로 편

취한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 객관적인 증거에 따라 엄격하게 산정되었다고 단정할 수 없으므로, 결국 피해자별로 성립하는 각 사기로 인한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 이득액이 예외 없이 50억 원을 초과한다는 범죄구성요건에 관하여 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기 어렵다.

4) 나아가 원심 판단의 전제가 되는 공소외 2 회사의 공소외 3 회사 등을 피해자로 하는 굴비납품 대금 상당 사기의 범행 성립 여부에 대해서도 이를 인정한 원심의 판단을 그대로 받아들이기 어렵다.

가) 이 부분 공소사실의 전제는 공소외 3 회사 등이 기망행위의 상대방 겸 그로 인한 착오 및 처분행위의 주체로서 사기 범행의 피해자임이 인정되어야 하는데, 이를 위해서는 ① 공소외 2 회사와 공소외 3 회사 등 사이에 체결된 굴비납품계약이 장기간의 범행 기간 동안 계속하여 그 실질에 있어서 매장임대차 거래가 아니라 구 대규모유통업법 제2조 제5호에서 정한 '특약매입거래'에 해당하고, ② 공소외 2 회사의 굴비 납품·판매과정에서 공소외 3 회사 등이 굴비의 소유권을 실질적으로 취득·보유한 사실이 증명되어야 한다.

나) 이 부분 증명과 관련하여 앞서 본 특약매입거래의 성격과 형사처벌의 전제가 되는 재산범죄의 특성 등에 비추어 다음과 같은 사정이 고려되어야 한다. 즉, 민사적인 법률관계의 측면에서 특약매입거래 당사자 사이의 권리의무 내지 최종 소비자인 제3자에 대한 책임 문제와 별개로, 매입·판매된 상품의 하자에 따르는 기망 및 착오 여부와 그로 인한 금원 편취를 구성요건요소로 하는 재산범죄로서의 사기죄 성립 여부에 있어서는 행위의 실질적 측면에서 기망의 상대방 및 그로 인한 착오와 금전적 피해의 주체가 누구인지가 그 주된 판단의 기준이 된다. 이 부분 구체적인 판단에 있어서는,

매입·판매된 상품의 소유권의 실질적 이전·귀속 여부, 실질적인 발주와 외상매입 처리 또는 세금계산서 발행 여부, 소비자에 대한 관계에서 실질적인 판매의 명의자 내지 상품에 대한 판매·재고관리 수행의 주체, 판매대금 중 대규모유통업자에게 귀속되는 금원의 실질이 판매수익의 일부인지 아니면 매장의 이용 내지 판매의 기회 제공에 따르는 수수료나 임대료인지 여부, 소유권의 이전에 수반되는 하자 등 책임의 귀속을 둘러싼 분쟁에 대비한 정기적 혹은 비정기적인 매장 입고 상품 검품·검수 내지 이에 준하는 조치의 실시 여부 등이 고려되어야 한다.

다) 그런데 원심이 적법하게 채택한 증거 및 기록에 따르면, ① 공소외 3 회사 등 관계자들은 2007년 초경 또는 2009년경 공소외 2 회사와 굴비납품계약을 체결한 이후 구 대규모유통업법 시행에 따른 특약매입거래가 시작된 2012년을 전후하여서도 계약 내용에 큰 변동 없이 계속 갱신하여 왔다고 진술하였고, 계약기간이 범행 종료 시점 이후에 시작되는 계약서까지 제출된 사실, ② 공소외 3 회사 등은 공소외 2 회사에 대하여 굴비납품계약과 관련하여 구체적인 발주를 하지 않았고, 공소외 2 회사 역시 공소외 3 회사 등의 발주가 없는 상태에서 자체적으로 일정한 규격·수량의 굴비를 납품하였으며, 공소외 3 회사 등은 납품 과정에서 굴비의 검품·검수를 하지 않은 채 연간 1~2회 정도 생산 공장을 방문하여 위생 상태·원산지 적정 여부 등을 점검하기만 했던 사실, ③ 공소외 2 회사의 납품 직후 굴비납품대금 상당액이 공소외 3 회사 등의 외상매입금으로 처리되었는지 여부나 그 처리 시점, 공소외 3 회사 등이 납품 직후 세금계산서를 발행하였는지 여부 등도 불분명한 사실 등이 인정된다.

라) 앞서 본 관련 규정 및 법리와 위 인정사실 등에 의하면, 아래와 같이 판단된다.

(1) 공소외 2 회사와 공소외 3 회사 등 사이의 굴비납품계약은 구 대규모유통업법이

시행된 2012. 1. 1. 이전부터 체결되어 계속 유지·진행되어 왔으므로, 공소외 2 회사가 이 부분 공소사실과 관련하여 2009. 10.부터 2016. 8.까지 장기간의 범행 기간 동안 체결한 모든 굴비납품계약의 실질이 범행 이후에 작성된 계약서의 내용과 동일하다는 사실이 증명되어야 한다. 그런데 위 계약서상의 '특약매입거래'는 그 자체로도 개념·특성상 구 대규모유통업법 제2조에서 정한 직매입거래·매장임차거래 또는 위·수탁거래와 모두 유사한 측면을 갖고 있어, 단순히 작성된 계약서의 형식이나 문구에만 구매받을 것이 아니라 범행 기간 동안 이루어진 굴비납품거래의 구체적인 내용과 경과 등을 살펴 그 실질에 있어 매장임차거래 또는 위·수탁거래가 아닌 매입거래에 해당한다는 사실이 적극적으로 증명되어야만 이를 전제로 한 사기죄의 성립을 인정할 수 있을 것이다.

(2) 공소외 2 회사는 공소외 3 회사 등의 발주·검품·검수 등 절차를 거치지 않은 채 자체적으로 일정한 규격·수량의 굴비를 납품하였을 뿐만 아니라 외상매입 처리 여부 및 세금계산서 발행 여부와 시점도 명확하게 하지 않은 채 공소외 3 회사 등의 판매수수료를 공제한 판매대금 전액을 수령한 것으로 보인다. 이는 공정거래위원회가 정한 '대규모유통업 분야의 특약매입거래에 관한 부당성 심사지침'에 기재된 특약매입거래의 과정과 상당 부분 불일치하는 것으로, 굴비납품과 관련한 계약서가 대규모유통업체인 공소외 3 회사 등의 필요 또는 편의에 따라 형식적으로 작성된 것일 뿐 실질적으로는 공소외 2 회사가 공소외 3 회사 등의 매장임차인 등에 불과하다고 볼 여지가 있음을 의미한다.

(3) 공소외 2 회사의 굴비납품거래 과정에서 공소외 3 회사 등이 굴비의 소유권을 실질적으로 취득·보유하는지 여부와 그 취득·보유 시점도 분명하지 않다. 즉, 이 부

분 공소사실은 장기간 동안 다량·다액의 굴비납품 거래과정에서 공소외 3 회사 등이 예외 없이 굴비의 소유권을 종국적·실질적으로 취득·보유하였음을 전제로 하고, 이를 위해서는 매장에서의 판매 대상인 굴비의 입고·인도가 공소외 3 회사 등의 발주에 기한 것이라야 한다. 그런데 이와 같은 공소외 3 회사 등에 대한 굴비의 입고·인도 사실은 앞서 본 바와 같이 공소외 3 회사 등이 상품의 발주·검품·검수 과정조차 거치지 않았다는 사정과 모순된다는 점에서, 이에 관하여 합리적 의심을 배제할 수 있을 정도로 증거가 이루어졌다고 단정하기 어렵다.

(4) 이상의 사정들과, 특약매입거래의 형식으로 공소외 2 회사와 공소외 3 회사 등 사이에 체결된 굴비납품계약상 매출액에 따른 판매수수료 상당의 권리와 판매되지 않은 굴비의 반품에 관한 권리가 공소외 3 회사 등에게 부여된 사정 등을 보태어 보면, 매장에 입고·판매된 굴비의 원료인 참조기의 원산지에 관한 기망의 상대방이자 그로 인한 착오 및 판매대금 상당 편취의 피해의 주체를 공소외 3 회사 등이라고 볼 수 있는지에 대해서는 상당한 의문이 제기되고, 오히려 그러한 원산지 허위 표시 아래 입고·판매 등 일련의 행위는 매장에서의 구입자인 소비자들을 직접 대상으로 한, 소비자들에 대한 기망행위라고 보는 것이 그 실질에 보다 부합하는 것으로 볼 여지가 많다.

5) 그럼에도 원심은 그 판시와 같은 이유로, 공소외 2 회사가 공소외 3 회사 등을 기망하여 공소외 3 회사 등으로부터 수수료를 제외한 굴비납품 대금 전액을 편취하였다고 보아 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였는바, 이러한 원심의 판단에는 사기죄의 피해자, 기망행위·처분행위·상당인과관계의 존부와 내용, 특약매입거래의 법률관계, 수인의 피해자에 대한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기)죄의 성

립 및 그 편취액의 산정에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

다. 파기범위

원심판결 중 피고인 1에 대한 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 위반(사기) 부분은 파기되어야 하는데, 이 부분과 유죄로 인정된 「농수산물 원산지 표시에 관한 법률」 위반 부분은 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 하나의 형이 선고되었으므로, 결국 원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분은 전부 파기되어야 한다.

2. 피고인 2

가. 법리오해

원심은 그 판시와 같은 이유로, ① '수입수산물인 중국산 참조기를 국내에서 굴비로 가공한 행위'에 대하여 구 원산지표시법 제5조 제1·4항 및 같은 법 시행령 제5조 제1항, [별표 1] 제3항 및 제2항 가.목에 따라 사용된 원료인 참조기의 원산지를 표시하여야 하고, 그 표시 방법은 대외무역법에서 정한 통관 시의 원산지 표시와 동일하게 '중국산'으로 할 것이 명시되어 있으므로, ② 중국산 참조기를 굴비로 가공한 경우에는 원료인 참조기의 원산지를 표시하여야 함에도, 피고인 2가 원료인 참조기 또는 가공품인 굴비의 원산지를 '국산'으로 표시한 행위는 구 원산지표시법 제6조 제1항 제1호에서 정한 '원산지 표시를 거짓으로 하거나 이를 혼동하게 할 우려가 있는 표시 행위'에 해당한다고 보아, 공소사실을 유죄로 판단하였다.

원심판결 이유를 관련 법리 및 원심이 적법하게 채택한 증거에 비추어 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 상고이유 주장과 같이 구 원산지표시법의 적용 대상·범위, 구 원산지표시법 제3조 및 제6조 제1항 제1호의 해

석에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 양형부당

형사소송법 제383조 제4호에 따르면 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역이나 금고가 선고된 사건에서만 양형부당을 사유로 한 상고가 허용된다. 피고인 2에 대하여 그보다 가벼운 형이 선고된 이상, 형이 너무 무거워 부당하다는 취지의 주장은 적법한 상고이유가 되지 못한다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고인 1에 대하여는 나머지 상고이유에 대한 판단을 생략한 채 유죄부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하며, 피고인 2의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	민유숙	_____
	대법관	조재연	_____
	대법관	이동원	_____
주심	대법관	천대엽	_____