

## 서울고등법원

### 제 1 2 형 사 부

#### 판 결

|         |                                                                    |
|---------|--------------------------------------------------------------------|
| 사건      | 2012노1820 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령), 조세범처벌법위반, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임) |
| 피고인     | A                                                                  |
| 항소인     | 피고인                                                                |
| 검사      | 이용일(기소), 이철희(공판)                                                   |
| 변호인     | 법무법인 B 담당 변호사 C                                                    |
| 원심판결    | 서울중앙지방법원 2010. 1. 29. 선고 2009고합1406 판결                             |
| 환송 전 판결 | 서울고등법원 2010. 7. 16. 선고 2010노468 판결                                 |
| 환송판결    | 대법원 2012. 6. 14. 선고 2010도9871 판결                                   |
| 판결선고    | 2012. 7. 12.                                                       |

#### 주 문

원심판결을 파기한다.

피고인을 징역 3년에 처한다.

다만, 이 판결 확정일부터 4년간 위 형의 집행을 유예한다.

#### 이 유

##### 1. 항소이유의 요지

## 가. 사실오인

피고인은 D과의 2000. 6. 30.자 합의서(MOA)에 따라 D의 사업투자금을 부득이하게 (주)E(이하 'E'이라 한다)의 대표이사 가수금 계정을 이용하여 관리하였을 뿐이므로, 그러한 사정만으로 곧바로 피고인에게 불법영득의사가 있었다고 단정하여서는 아니 되고, 피고인이 구체적으로 위 사업투자금을 개인적인 목적으로 사용하였는지 여부를 기준으로 불법영득의사를 판단하여야 한다.

먼저, 이 사건 공소사실 제3항 범죄일람표 III 순번 제1번 기재 업무상횡령 범행의 경우, 피고인의 자녀들인 F과 G이 2002. 11. 22. 우리은행(구 한빛은행, 이하 '우리은행'이라 한다)에서 합계 1억 원(F 5,500만 원, G 4,500만 원)을 각 대출받아 같은 날 E의 우리은행계좌에 입금하였고, 피고인은 위 1억 원을 E를 위하여 사용한 다음 위 각 대출금 채무의 상환을 위하여 위 순번 제1번 기재와 같이 F과 G의 각 우리은행계좌에 합계 1억 원을 입금하였으므로, E 소유인 위 사업투자금을 횡령한 것이 아니다.

또한, 이 사건 공소사실 제3항 범죄일람표 III 순번 제5번 기재 업무상횡령 범행의 경우, 피고인이 위 순번 제5번 기재와 같이 F의 계좌로 입금한 50만 원은 E 소유인 위 사업투자금이 아니므로, 피고인이 이를 횡령한 것이 아니다.

## 나. 양형부당

피고인에 대한 여러 가지 정상을 참작할 때, 원심이 선고한 형량(징역 3년에 집행유예 4년)은 지나치게 무거워서 부당하다.

## 2. 사실오인 주장에 대한 판단

### 가. 이 부분 공소사실의 요지

피고인은 2003년부터 2006년까지 D의 사업투자금 600만 달러를 D의 우리은행계좌, D이 운영하는 H(이하 'H'라 한다)의 우리은행계좌 및 I의 하나은행계좌 등을 통하여 현금으로 수령함에 있어, 위 사업투자금은 피해자 E의 소유로서 나중에 다시 반환하여야 할 자금이므로 정상적으로 회계처리를 하여야 하고 부외자금으로 관리하더라도 업무상 적정한 방법으로 보관하면서 피해자 E을 위한 용도에 사용하여야 함에도, 별지 범죄일람표 III 순번 제1번, 제5번 기재와 같이 피해자 E을 위한 지출 이외의 용도로 임의 사용하여 이를 횡령하였다.

나. 범죄일람표 III 순번 제1번 기재 업무상횡령 범행 원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증

거에 의하여 피해자 E 소유인 D의 사업투자금 중 1억 원이 이 사건 공소사실 제3항 범죄일람표 III 순번 제1번 기재와 같이 D의 우리은행계좌에서 F와 G의 각 우리은행계좌로 입금된 사실을 인정할 수 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 원심 및 이 법원에서 적법하게 증거조사를 거친 증거들에 의하면, 2002. 11. 22. 우리은행에서 F이 5,500만 원, G이 4,500만 원을 각 대출받은 사실, 같은 날 E의 우리은행계좌에 1억 원이 입금된 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인의 주장과 같이 피고인의 자녀들인 F와 G이 우리은행에서 5,500만 원과 4,500만 원을 각 대출받아 E의 우리은행계좌로 각 입금하였고, 피고인이 위 1억 원을 E을 위하여 사용한 다음 위 각 대출금 채무의 상환을 위하여 위 순번 제1번 기재와 같이 2003. 2. 11. F와 G의 각 우리은행계좌에 5,500만 원과 4,500만 원을 각 입금하였을 가능성을 전혀 배제할 수 없다.

따라서 이 부분 공소사실은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 증명되지 않았으므로 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하였어야 함에도, 원심이 이를 유죄로 처단한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이고, 이를 지적하는 피고인의 항소 논지는 이유 있다.

#### 다. 범죄일람표 III 순번 제5번 기재 업무상횡령 범행

원심판결의 이유에 의하면, 원심은 그 채택 증거에 의하여 2003. 9. 2. 피고인이 피해자 E 소유인 D의 사업투자금을 교부받아 보관하던 H의 우리은행계좌에서 4,800만원이 인출되었고, 같은 날 F의 우리은행계좌로 50만 원이 입금된 사실을 인정할 수 있다는 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

그러나 H의 우리은행계좌에서 곧바로 F의 우리은행계좌로 자금이 이체되었다거나 H의 우리은행계좌에서 출금된 수표 등이 F의 우리은행계좌로 입금되었다는 사정 등에 관한 증거가 없는 이상 같은 날 H의 우리은행계좌에서 자금이 출금되고 F의 우리은행 계좌에 자금이 입금되었다는 원심 판시와 같은 사정만으로는 F의 우리은행계좌에 입금된 위 50만 원이 H의 우리은행계좌에서 출금된 E 소유인 D의 사업투자금 중 일부라고 단정하기 어렵다.

따라서 이 부분 공소사실은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여 증명되지 않았으므로 범죄의 증명이 없는 경우

에 해당하여 무죄를 선고하였어야 함에도, 원심이 이를 유죄로 처단한 것은 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 잘못을 저지른 것이고, 이를 지적하는 피고인의 항소 논지는 이유 있다.

### 3. 결론

그렇다면 원심판결 중 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄 부분에 대한 피고인의 항소는 이유 있어 이 부분은 파기되어야 하는데, 원심에서 적법하게 유죄로 인정된 나머지 부분이 이 부분과 형법 제37조 전단의 관계에 있는 것으로 보고 형법 제38조 제1항에 의하여 하나의 형을 선고하였으므로, 피고인의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결을 전부 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

#### 범죄사실 및 증거의 요지

이 법원이 인정하는 범죄사실과 그에 대한 증거의 요지는, 범죄사실 제3항의 세 번째 문단을 “피고인 A는 이를 포함하여 2003. 4. 25.경부터 2006. 5. 19.경까지 별지 범죄일람표 III 기재 내역과 같이 서울 시내 등지에서 27회에 걸쳐 같은 방법으로 합계 4,510,200,000원을 피해자 회사를 위한 지출 이외의 용도인 J교회 대여금, 부동산 취득자금, 개인적인 대여금 상환자금 등의 용도로 임의 사용하여 이를 횡령하였다.”로 변경하며, 위 범죄일람표 III에서 순번 제1번 및 제5번을 각 삭제하고, 그 합계를 “4,510,200,000원”으로 변경하는 외에는 모두 원심판결의 각 해당란 기재와 같으므로, 형사소송법 제369조에 의하여 이를 그대로 인용한다.

#### 법령의 적용

##### 1. 범죄사실에 대한 해당법조 및 형의 선택

각 구 조세범 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전문개정되기 전의 것) 제9조 제1항 제3호(각 조세포탈의 점, 각 징역형 선택), 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항[업무상배임의 점은 포괄하여, 유기징역형 선택, 단 유기징역형의 상한은 형법 제8조 본문, 제1조 제1항에 의하여 구 형법(2010. 4. 15. 법률 제10259호로 개정되어 2010. 10. 15. 시행되기 전의 것, 이하 같다) 제42조 본문에서 정한 15년으로 한다], 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제1항 제2호, 형법 제356조, 제355조 제1항[업무상횡령의 점은 포괄하여, 단 유기징역형의 상한은 형법 제8조 본문, 제1조 제1항에 의하여 구 형법 제42조 본문에서 정한 15년으로 한다]

## 2. 경합범가중

형법 제37조 전단, 제38조 제1항 제2호, 제50조[형이 가장 무거운 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(배임)죄에 정한 형에 경합범가중]

## 3. 작량감경

형법 제53조, 제55조 제1항 제3호(아래 양형의 이유 중 유리한 정상 참작)

## 4. 집행유예

형법 제62조 제1항(아래 양형의 이유 중 유리한 정상 거듭 참작)

### 양형의 이유

1. 법률상 처단형의 범위 : 징역 2년 6월 ~ 11년 3월

2. 양형기준상 권고 형량범위 : 다수범죄 처리기준 적용 시 징역 1년 8월 이상

☐ 업무상배임 및 업무상횡령 범행 : 징역 1년 8월 ~ 5년(법률상 처단형에 따른 조정 전)

[적용] 횡령·배임범죄

[유형] 제4유형(횡령·배임 이득액이 50억 원 이상, 300억 원 미만인 경우)

[영역] 감경영역

[특별양형인자] <감경요소> 상당부분 피해 회복된 경우, <가중요소> 없음

[일반양형인자] <감경요소> 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우, 진지한 반성 <가중요소>

횡령 범행인 경우

[형량범위 조정] 하한 1/3 감경<각주1>

☐ 조세포탈 범행 : 아직까지 양형기준이 마련되어 있지 아니함

☐ 횡령·배임범죄 집행유예 처리기준 : 집행유예 권고

[주요참작사유] <부정적> 없음, <긍정적> 상당부분 피해 회복된 경우, 실질적 1인 회사나 가족회사

[일반참작인자] <부정적> 반복적 범행, <긍정적> 사회적 유대관계 분명, 진지한 반성, 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우

3. 선고형의 결정 : 징역 3년에 집행유예 4년

이 사건 각 조세포탈, 업무상배임 및 업무상횡령 범행은 그 동기나 수단, 방법 및 결과 등에 비추어

죄질과 범정이 상당히 불량한 점(무려 포탈한 법인세액이 887,125,717원, 업무상배임 이득액이 7,581,992,997원, 업무상횡령 이득액이 4,510,200,000원에 이른다) 등은 피고인에게 불리한 정상이다.

반면에 자신의 잘못을 깊이 반성하면서 향후 E의 견실한 경영을 굳게 다짐하고 있는 점, 포탈한 법인세액 전부를 납부하였고, 업무상배임 및 업무상횡령 이득액 중 상당 부분을 E에 반환하여 그 운영에 재정적인 도움을 준 점, E를 경영하면서 소외계층 지원사업, 노인·아동복지사업 등 다양한 사회공헌활동을 펼친 바 있고 이를 체계화하기 위해 K재단을 설립·운영하고 있는 점 등은 피고인에게 유리한 정상이다.

이와 같은 피고인에게 불리하거나 유리한 정상을 포함하여 이 사건 변론에 나타난 형법 제51조에 정해진 양형의 조건이 되는 제반 사정을 참작하여 주문과 같이 형을 정한다.

#### 무죄부분

이 부분 공소사실의 요지는 제2의 가. 항과 같은데, 이는 제2의 나. 및 다. 항에서 살핀 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 이와 포괄일죄의 관계에 있는 판시 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 위반(횡령)죄를 유죄로 인정한 이상 주문에서 따로 무죄를 선고하지 아니한다.

판사 최재형(재판장) 심경 김태균

각주1: 횡령·배임 이득액을 합산한 금액(12,092,192,997원)을 기준으로 유형을 결정하되(징역 2년 6월 ~ 5년), 합산 결과 가장 중한 단일범죄(판시 제2항 범죄일람표 II 순번 제4번 기재 업무상배임 범행, 이득액 1,326,621,048원)보다 유형이 1단계 높아지므로, 가장 중한 단일범죄에 적용되는 유형의 형량범위(징역 1년 6월 ~ 3년) 하한을 한도로 형량범위 하한의 1/3을 감경함(징역 2년 6월  $\times$  2/3 = 징역 1년 8월)(동종경합범 처리방법 참조).