

독점규제및공정거래에관한법률위반·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[피고인1에대하여일부인정된죄명특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·업무상횡령·일부예비적죄명특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)·피고인2에대하여인정된죄명특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)]·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)(일부인정된죄명업무상배임)·업무방해



[서울고등법원 2019. 12. 11. 2018노365]

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 4인

【항 소 인】 피고인 1, 주식회사 엠피그룹 및 검사

【검 사】 송정은(기소 및 공판), 이준식, 이주현, 소정수, 김민정(공판)

【변 호 인】 법무법인(유한) 바른 외 2인

【원심판결】 서울중앙지방법원 2018. 1. 23. 선고 2017고합741 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분[각 이유무죄 부분 포함]과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다. 피고인 1을 징역 3년에, 피고인 2를 징역 2년 6월에 각 처한다.

다만 이 판결 확정일로부터 피고인 1에 대하여는 4년간, 피고인 2에 대하여는 3년간 위 각 형의 집행을 유예한다. 피고인 1에게 200시간의 사회봉사를 명한다.

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 부당지원행위로 인한 각 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점, 차명관리가맹점에 대한 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 부당지원행위 관련 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점은 각 무죄.

원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소를 각 기각한다.

이 판결 중 피고인 1 및 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 위 각 무죄 부분의 요지를 공시한다.

【이유】

【1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 엠피그룹(이하 '엠피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠펜그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠펜그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠펜그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠펜그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠펜그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다.

그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해
- 가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 엠피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.'

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인

2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4항 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5항 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2항 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2항 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항,

제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7항 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7항 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.
- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제 23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다. 한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 엠피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 엠피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정만을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제 66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

(1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 불 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

(2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어·변론의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟

수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단 위 : 천 원) 연 도 자 산 총 계 부 채 총 계 자 본 총 계 매 출 액 영 업 이 익 당 기 순 이 익 2 0 1 3 년 69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014 년 83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015 년 100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다.

이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).

② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).

③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외

12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
- ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의 유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다. 이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).
- ③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

- ④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

- ① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).

- ② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

- ③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

- ① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.
- ② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.
- ③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.
- 또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.
- ④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.
- 당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시칸 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.
- ⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을

적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

② 검사는 당시 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 획정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다. 공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 획정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 획정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방한칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).

② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로는 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).

③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).

④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.

한편, ▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.

⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠르기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

'라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 '1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위'와 '2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위'를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접

피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이 되었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인

엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 엠피그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 엠피그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 엠피그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 엠피그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 엠피그룹의 주장요지

피고인 1과 엠피그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고

, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부와 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다. 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라

도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 애플그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 애플그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 애플그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

② 애플그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 애플그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 애플그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 목인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 '물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

'라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

- ② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 '제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

'(증거기록 4729쪽), '제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

'라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 '이 사건 관리매장'이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대

보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영 방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는바, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 엠피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 엠피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 엠피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증

가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 엠피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 엠피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 엠피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지였다(증가 제66, 69호증). 한편, 엠피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.
- ③ 또한 엠피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.
- ④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다. 한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.
- ⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다 "라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단 될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어

려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●●과 ▼▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만(형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 엠피그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 엠피그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 엠피그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 엠피그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 엠피그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 엠피그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 엠피그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 설시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 엠피그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 엠피그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 엠피그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알앤씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서

중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다. 한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다. 위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다. 따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여
가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다. 이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을

엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

- ② 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 엠피그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 엠피그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 엠피그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 엠피그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 지급하는 광고분담금은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 엠피그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

- ③ 엠피그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 엠피그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 엠피그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는

경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환 조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 엠피그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 엠피그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

⑤ 엠피그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 엠피그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와

같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 >>점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. >>점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, >>점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 엠피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 엠피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♠♠♠♠점, ♠○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♠△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 엠피그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 엠피그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 엠피그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 엠피그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 엠피그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

- ① 피고인은 2011. 10. 1. 엠피그룹 측에 □□점을 양도하면서 엠피그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 엠피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♠♠♠♠점, ♠○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽,

8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.

- ② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 엠피그룹의 공소외 30 고문은 수사 기관 및 원심 법정에서 "엠피그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리금 산정방식이 엠피그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

- ③ 엠피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 엠피그룹 측이 이미 파악하고 있어, 엠피그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

- ④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 엠피그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 엠피그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서의 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

- ① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업을 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 엠피그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을

지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

- ② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업이 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을 애플그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

- ③ 한편, 애플그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)♀♀점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데,♀♀점 직영인수 당시 애플그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 애플그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서♀♀점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술했다(증거기록 7563쪽). 이처럼 애플그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 애플그룹의 사주였던 피고인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

- ④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나♀♀점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령♀♀점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 애플그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 애플그룹의♀♀점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 애플그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

- 4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 엠피그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을 반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월 간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수

권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 앰피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 앰피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[= (매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 앰피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어 그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '앰피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교

하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 증가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가격의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지 않는 것으로 보인다.

- ② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

- ③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식이 주식시장에 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가액에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

- ④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 증가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 증가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠종금증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주

식의 거래소 증가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 증가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 증가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ♣☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)♣△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ♣◎◎◎이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사입행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

- ① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로써 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조).

- ② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 문지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도

410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

- ① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.
- ② (상호명 2 생략)♾△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를 거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유푸드(이하 '씨유푸드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.
- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♾△점 매장을 개점하였다.
- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.
그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.
공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유푸드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.
공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♾○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유푸드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.
- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ♾○○○○을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사입을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사입이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

⑥ 애플그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ♣○○○○이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

⑦ 애플그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 애플그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 애플그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ♣○○○○에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 애플그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣△△△△라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣○○○○으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣△△△△에 대한 현장실사를 하였고, ♣△△△△가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 딱짐 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣△△△△로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 애플그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣○○○○이라는 회사를 만들었고, ♣○○○○은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

- ⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드'가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원애프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원애프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

- ⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)♣▷점에서 ♣♣♣에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 ♣♣♣ 제품을 공급해 달라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 ♣♣♣에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

- ⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 패널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

- ⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유푸트→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

- (i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.
- (ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣○○○○을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣○○○○에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유프드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.
- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ♣○○○○에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ♣◁◁◁라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ♣○○○○에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ♣♣♣에서 제

조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ♣♣♣에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스가 ♣♣♣♣에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유프드로 하여금 ♣♣♣♣에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유프드를 통해 ♣♣♣♣에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ♣♣♣♣에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유프드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유폐하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위 사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유폐하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와 같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ♀△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략)○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 '다이닝 매장'이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략)○○○ 직영점은 이와 다른 '배달 전용 매장'으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ♀△ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반

(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 앰피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 앰피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 앰피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다]. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 앰피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 앰피그룹(이하 '앰피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인 가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다.

그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해
가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)를 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하

여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유 무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

- 1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 엠피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

- 가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

- 나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청

을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4행 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5행 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2행 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3행 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4행 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2행 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 옴피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 옴피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 옴피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.
- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.
- ③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 옴피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 옴피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 옴피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 옴피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제

2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

- (1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

- (2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

- (1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단위: 천 원) 연도 자산 총계 부채 총계 자본 총계 매출액 영업이익 당기순이익 2013년 69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014년 83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015년 100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자

치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

- ④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

- ⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

- ① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).
- ② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).
- ③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
- ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의

유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다.

이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).

③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).

② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.

② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하

거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.

- ③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.

또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.

- ④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.

당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.

- ⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은

법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이

의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

- ① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

- ② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 확정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♀♀♀의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.

공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 확정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 확정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

- ③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

- 2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지

로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것임이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

- ① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방 한 칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).
- ② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로는 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).
- ③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).
- ④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.

한편, ▼▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.

⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠르기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는

다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

‘라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 ‘1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위’와 ‘2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위’를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸

드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 애플그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 애플그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 애플그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 애플그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 애플그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 애플그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 애플그룹의 주장요지

피고인 1과 애플그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 애플그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부와 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다.

앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같

다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 설시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 엠피그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 엠피그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 엠피그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 엠피그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 엠피그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

- ③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 엠피그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 목인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스료 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스료 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 '물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

‘라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 ‘제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

‘(증거기록 4729쪽), ‘제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

‘라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 ‘이 사건 관리매장’이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로써 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영 방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠

피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서는 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 엠피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 엠피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 엠피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 엠피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 엠피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 엠피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점,

☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지로였다(증가 제66, 69호증). 한편, 엠피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.

③ 또한 엠피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.

④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다.

한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.

⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인 1이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당시에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되

는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●●과 ▼▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는

공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만 (형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 엠피그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 엠피그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 엠피그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 엠피그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 엠피그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 엠피그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 엠피그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 실시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공

소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 엠피그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 엠피그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 엠피그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알앤씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여
가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다. 이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이

사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

- ② 1997년경부터 현재까지 애플그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 애플그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 애플그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 애플그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 애플그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 애플그룹에 지급하는 광고분담금은 애플그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 애플그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

- ③ 애플그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 애플그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 애플그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

- ④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 애플그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 애플그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 애플그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

- ⑤ 애플그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 애플그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리

한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계

약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 ▷▷점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 엠피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 엠피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 엠피그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 엠피그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 엠피그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 엠피그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 엠피그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

- ① 피고인은 2011. 10. 1. 엠피그룹 측에 □□점을 양도하면서 엠피그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 엠피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.
- ② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 엠피그룹의 공소외 30 고문은 수사기관 및 원심 법정에서 "엠피그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리

금 산정방식이 엠피그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

- ③ 엠피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♠♠♠♠점, ♠○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 엠피그룹 측이 이미 파악하고 있어, 엠피그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

- ④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 엠피그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 엠피그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서는 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

- ① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업이 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 엠피그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

- ② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업이 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을

애플그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

③ 한편, 애플그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)♀♀♀♀점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데,♀♀♀♀점 직영인수 당시 애플그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁 업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 애플그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서♀♀♀♀점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 애플그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 애플그룹의 사주였던 피고인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

④ 피고인은 이 사건 관리매장 중▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나♀♀♀♀점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령♀♀♀♀점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 애플그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 애플그룹의♀♀♀♀점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 애플그룹의▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 애플그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을

반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 엠피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 엠피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[= (매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 엠피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어 그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠종금증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 종가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가액의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지 않는 것으로 보인다.

② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식의 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가격에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)△△△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ☆☆☆이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사업행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조).

② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 문지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.

② (상호명 2 생략)♣△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를

거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.

- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♣△점 매장을 개점하였다.

- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.

그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.

공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유포드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.

공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유포드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.

- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ♣○○○○을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사입을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사입이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

- ⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ♣○○○○이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

- ⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ♣○○○○에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 쉐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣◁◁◁라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣○○○○으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣◁◁◁에 대한 현장실사를 하였고, ♣◁◁◁가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡집 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣◁◁◁로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣○○○○이라는 회사를 만들었고, ♣○○○○은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원에프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원 에프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공 소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하 게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)과 점점에서 에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 에서 제품을 공급해 달 라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점 사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자 와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 패널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려 고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지 시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유통 →Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

(i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행 위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.

(ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈 와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동

원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣○○○○을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣○○○○에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유프드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.

- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서는 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ♣○○○○에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ♣◁◁◁라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ♣○○○○에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ♣♣♣에서 제조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ♣♣♣에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈

와 동원홈푸드의 소스가 ♣○○○○에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유푸드로 하여금 ♣○○○○에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유푸드를 통해 ♣○○○○에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ♣○○○○에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유포하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위 사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유포하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금

원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와 같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ☞△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략)○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 ‘다이닝 매장’이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략)○○○ 직영점은 이와 다른

‘배달 전용 매장’으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ⚡ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대

하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파

기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 엠피그룹(이하 '엠피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 위 회사들에게 과다한 경제 상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다. 그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 옴피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

1) 피고인 1, 옴피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 옴피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 옴피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 옴피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 옴피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4항 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5항 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 옴피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2항 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 옴피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원'

부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2행 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

- ① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고

인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.
- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 엠피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 엠피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정만을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거

래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재산절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

(1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거

래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

(2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단 위 : 천 원) 연 도 자 산 총 계 부 채 총 계 자 본 총 계 매 출 액 영 업 이 익 당 기 순 이 익 2 0 1 3 년
69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014 년
83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015 년
100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

- ① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

- ② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

- ① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

- ② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

- ③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

- ④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

- ⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가

및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

- ① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).
- ② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).
- ③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
- ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의 유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다. 이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).
- ③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드에 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).

② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.

② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.

③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.

또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.

④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.

당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.

⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상

이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

- ① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

- ② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 획정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♣♣♣의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다. 공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 획정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 획정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

- ③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고

피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것임이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직

접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

- ① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방한칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).
 - ② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로는 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).
 - ③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).
 - ④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.
- 한편, ▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.
- 또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.
- ⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인

공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

- ⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠하기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

- ⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

'라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 '1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위'와 '2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위'를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한

다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이 되었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 엠피그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 엠피그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 엠피그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격

이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 엠피그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 엠피그룹의 주장요지

피고인 1과 엠피그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부과 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다. 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질

적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)'의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 엠피그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 엠피그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 엠피그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 엠피그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 엠피그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

’라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 엠피그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 묵인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 ‘물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

’라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 ‘제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

’(증거기록 4729쪽), ‘제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

’라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점

에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 '이 사건 관리매장'이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영 방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만

으로는 피고인이 앰피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 앰피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 앰피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 앰피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 앰피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 앰피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 앰피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 앰피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 앰피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지였다(증가 제66, 69호증). 한편, 앰피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 앰피그룹 본사로 부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.
- ③ 또한 앰피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.

④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증거 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다. 한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.

⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당시에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래

로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●과 ▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만(형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 애플그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 애플그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 애플그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 애플그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 애플그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 애플그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 애플그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 애플그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 애플그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 애플그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 애플그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 애플그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 실시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

애플그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 애플그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 애플그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 애플그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알엠씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로얄티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관

한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

② 1997년경부터 현재까지 애플그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 애플그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 애플그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 애플그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 애플그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 애플그룹에 지급하는 광고분담금은 애플그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 애플그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

③ 애플그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 애플그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 애플그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 애플그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 애플그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 애플그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

⑤ 애플그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 애플그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 애플그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 ▷▷점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 엠피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 엠피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣♣점, ♠♠♠♠♠점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♠△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것

과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 애플그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 애플그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 애플그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 애플그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 애플그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점을 애플그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

① 피고인은 2011. 10. 1. 애플그룹 측에 □□점을 양도하면서 애플그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.

② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 애플그룹의 공소외 30 고문은 수사 기관 및 원심 법정에서 "애플그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리금 산정방식이 애플그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

③ 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 애플그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 애플그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 애플그룹 측이 이미 파악하고 있어, 애플그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회 의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 애플그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 애플그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 애플그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 애플그룹 대표이사 겸 회장으로서의 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 애플그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업을 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 애플그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업을 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을 애플그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

③ 한편, 애플그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)♣□□점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데, ♣□□점 직영인수 당시 애플그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 애플그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서 ♣□□점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 애플그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 애플그룹의 사주였던 피고

인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

- ④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 애플그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 애플그룹의 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 애플그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

- 4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 애플그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을 반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 엠피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 엠피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[(매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 엠피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어

그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠종금증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 종가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가격의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지는 않는 것으로 보인다.

- ② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경

우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식의 주식이 주식시장에 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가액에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2,451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)♣△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ♣◎◎◎이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사입행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조

).

② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 문지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 상심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

- ① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.
- ② (상호명 2 생략)♣△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를 거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.
- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♣△점 매장을 개점하였다.

- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.

그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.

공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유푸드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.

공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '㉡㉡㉡㉡'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유푸드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.

- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ㉡㉡㉡㉡을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사업을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사업이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

- ⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ㉡㉡㉡㉡이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

- ⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

- ⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ㉡㉡㉡㉡에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 셀러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에 프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣◁◁◁라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣◎◎◎으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣◁◁◁에 대한 현장실사를 하였고, ♣◁◁◁가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡짐 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣◁◁◁로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣◎◎◎이라는 회사를 만들었고, ♣◎◎◎은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원에프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원에프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)♣▷점에서 ♣♣♣에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 ♣♣♣ 제품을 공급해 달

라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 ♣♣♣에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

- ⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점 사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 페널티를 부과할 수 있다."

"고 정하고 있다.

- ⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유푸드→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

- (i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.
- (ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣♣♣♣을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣♣♣♣에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유푸드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출

시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.

- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '㉸㉸㉸㉸'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서는 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ㉸㉸㉸㉸이라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ㉸㉸㉸에서 제조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ㉸㉸㉸에서 소스를 납품받았는데, 피고인 1의 소스 공급방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스가 ㉸㉸㉸㉸에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유프드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유프드를 통해 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ㉠㉡㉢㉣에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유포하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유포하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와

같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ♣△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략) ○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 '다이닝 매장'이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략) ○○○ 직영점은 이와 다른 '배달 전용 매장'으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ♣△ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면,

검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하느냐 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다]. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 엠피그룹(이하 '엠피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 옴피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 옴피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄배임'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인
피고인 운영의 관리매장들은 옴피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 옴피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 옴피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 옴피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 옴피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

- 1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다. 그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 앰피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 앰피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 앰피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 앰피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4항 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5항 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 앰피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2항 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 앰피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표

1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2행 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대

법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것이요, 임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거

래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 엠피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 엠피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정만을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제 66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제 2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

(1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원

행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

- (2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단 위 : 천 원) 연 도 자 산 총 계 부 채 총 계 자 본 총 계 매 출 액 영 업 이 익 당 기 순 이 익 2 0 1 3 년 69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014 년 83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015 년 100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

- ① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

- ② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며,

자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서

♣♣♣로 변경하였다(증거기록 3380쪽).

② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).

③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.

② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의 유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다.

이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).

③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증

거기록 4214쪽).

- ② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

- ③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

- ① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.
- ② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.
- ③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.
- 또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.
- ④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.
- 당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.
- ⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 옴피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제

36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 획정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한

독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 옴피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 옴피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 옴피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 옴피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.

공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 확정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 옴피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 확정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 옴피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고 피고인 옴피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 옴피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부

인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알앤씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 애플그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방 한 칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).

② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 애플그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 애플그룹으로서 매일유업이 피고인 애플그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).

③ 피고인 애플그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 애플그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 애플그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 애플그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).

④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.

한편, ▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 애플그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.

⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 애플그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 애플그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 애플그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 애플그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 애플그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도

매일유업이 내는 견적가가 뺄하기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

'라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 '1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위'와 '2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위'를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그

룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이 되었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적

으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제 36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 엠피그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 엠피그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 엠피그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 엠피그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 엠피그룹의 주장요지

피고인 1과 엠피그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과

적으로 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부와 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다.

앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들과 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당

히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 애플그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 애플그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 애플그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 애플그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 애플그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 애플그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

- ③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 애플그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된

금원의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 목인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 '물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

'라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

- ② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 '제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

'(증거기록 4729쪽), '제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

'라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 '이 사건 관리매장'이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로써 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각

사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재정본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하고 있던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 엠피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 엠피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로

사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 엠피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 엠피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 엠피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 엠피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지였다(증가 제66, 69호증). 한편, 엠피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.
- ③ 또한 엠피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.
- ④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다. 한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규

모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.

- ⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원

을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제

66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●●과 ▼▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만(형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 엠피그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 엠피그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 엠피그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유

업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 엠피그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 엠피그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 엠피그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 엠피그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 설시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 엠피그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 엠피그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 엠피그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치

즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알엠씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

- ② 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 엠피그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 엠피그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 엠피그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 엠피그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증거 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들

이 옴피그룹에 지급하는 광고분담금은 옴피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 옴피그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

③ 옴피그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 옴피그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 옴피그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환 조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 옴피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 옴피그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 옴피그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

⑤ 옴피그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 옴피그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 옴피그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

옴피그룹의 광고는 옴피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 옴피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 >>점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억

6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 엠피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 엠피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 엠피그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 엠피그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 엠피그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 엠피그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 엠피그룹 측에 양도

하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

① 피고인은 2011. 10. 1. 애플그룹 측에 □□점을 양도하면서 애플그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.

② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 애플그룹의 공소외 30 고문은 수사 기관 및 원심 법정에서 "애플그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리금 산정방식이 애플그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

③ 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 애플그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 애플그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 애플그룹 측이 이미 파악하고 있어, 애플그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회 의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 애플그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 애플그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 애플그

룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서의 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업이 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 엠피그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업이 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을 엠피그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

③ 한편, 엠피그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)㉠㉡점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데, ㉠㉡점 직영인수 당시 엠피그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 엠피그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서 ㉠㉡점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 엠피그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 엠피그룹의 사주였던 피고인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나 ㉢㉣점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령 ㉢㉣점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 엠피그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 ㉢㉣점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이

유 없다.

그러나 엠피그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심 판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 엠피그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을 반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상

속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 옴피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 옴피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[= (매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 옴피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어 그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를

인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 종가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가액의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지는 않는 것으로 보인다.

- ② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

- ③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식이 주식시장에 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가액에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

- ④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 증가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 증가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주식의 거래소 증가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 증가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 증가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ♣○○○○이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사입행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조).

② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한

위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

- ① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.
 - ② (상호명 2 생략)♾△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를 거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.
 - ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♾△점 매장을 개점하였다.
 - ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.
- 그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.
- 공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유포드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.
- 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♾○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인

씨유푸드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.

⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ♣○○○을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사업을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사업이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ♣○○○이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ♣○○○에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣◁◁◁라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣○○○으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ㉠에 대한 현장실사를 하였고, ㉠이 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡집 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ㉠로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

- ⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ㉡이라는 회사를 만들었고, ㉡은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

- ⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원에프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원에프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

- ⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)㉢점에서 ㉣에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 ㉣ 제품을 공급해 달라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 ㉣에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

- ⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 페널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

- ⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련

파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유유통→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

- (i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.
- (ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣○○○○을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣○○○○에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유프드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.
- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로는 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하

여금 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유푸드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ㉸㉸㉸㉸라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유푸드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ㉸㉸㉸에서 제조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ㉸㉸㉸에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급 방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성 요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스가 ㉸㉸㉸㉸에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유푸드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유푸드를 통해 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ㉸㉸㉸㉸에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영

업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유포하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위 사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유포하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와 같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ♣△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략) ○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 '다이닝 매장'이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략) ○○○ 직영점은 이와 다른 '배달 전용 매장'으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ♣△ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공

소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다]. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 엠피그룹(이하 '엠피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불

가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다.

그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해
가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상

호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유 무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

- 1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 엠피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항

기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4항 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5항 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2항 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2항 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5항 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것이 임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.

② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 엠피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 엠피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

(1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 불 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

(2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어

보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단위: 천 원) 연도 자산 총계 부채 총계 자본 총계 매출액 영업이익 당기순이익 2013년 69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014년 83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015년 100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈

공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

- ③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

- ④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

- ⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

- ① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).
- ② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).
- ③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
 - ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의 유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다.
- 이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).
- ③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.
 - ④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

- ① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.
- 씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).
- ② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.
 - ③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.
- 장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.

② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.

③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.

또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.

④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.

당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.

⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공

또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다

고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

- ① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

- ② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 확정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♀♀♀의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.

공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 확정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이

라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 확정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

- ③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

- 2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를

제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞추주기 위하여 노력하였다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것임이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

- ① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방 한 칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).
- ② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로서 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).

③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).

④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.

한편, ▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.

⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠르기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

'라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 '1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위'와 '2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위'를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이 되었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 애플그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 애플그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 애플그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 애플그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 애플그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 애플그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 애플그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 애플그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 애플그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 애플그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 애플그룹의 주장요지

피고인 1과 애플그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 애플그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명

령이나 과징금부과 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다.

앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게

된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 애플그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 애플그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 애플그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 애플그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 애플그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

- ③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 애플그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 묵인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 '물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

'라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

- ② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 '제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

'(증거기록 4729쪽), '제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

'라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 '이 사건 관리매장'이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고

함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 애플그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 애플그룹 사무실에서, 애플그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 애플그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 애플그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 애플그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 애플그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 애플그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로써 사용되는 등으로 애플그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 애플그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 애플그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 애플그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 애플그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영

방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는데, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 엠피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 엠피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 엠피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 엠피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 엠피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 엠피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지였다(증가 제66, 69호증). 한편, 엠피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.
- ③ 또한 엠피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.
- ④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다. 한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.
- ⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.
- " "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.
- "는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위

한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인 1이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다.

이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와

장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●●과 ▼▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만(형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 엠피그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 엠피그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 엠피그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 엠피그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 엠피그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 엠피그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 엠피그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 실시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 엠피그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 엠피그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 엠피그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알앤씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로부터 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드에 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업에 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여
가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다. 이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티 등에 대하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취

하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

- ② 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 엠피그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 엠피그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 엠피그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 엠피그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 지급하는 광고분담금은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 엠피그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

- ③ 엠피그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 엠피그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 엠피그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재

공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로얄티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 엠피그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 엠피그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

⑤ 엠피그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 엠피그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미

지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 옴피그룹이고, 광고의 대상도 옴피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 옴피그룹의 광고는 옴피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 옴피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 옴피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 ▷▷점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 옴피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 옴피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 옴피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 옴피그룹 직영점으로 인수하면서 옴피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 옴피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 옴피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 애플그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 애플그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(애플그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 애플그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 애플그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 애플그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 애플그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 애플그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 애플그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 애플그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 애플그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

- ① 피고인은 2011. 10. 1. 애플그룹 측에 □□점을 양도하면서 애플그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고

위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.

- ② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 옴피그룹의 공소외 30 고문은 수사 기관 및 원심 법정에서 "옴피그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리금 산정방식이 옴피그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

- ③ 옴피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♠♠♠♠점, ♠○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 옴피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 옴피그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 옴피그룹 측이 이미 파악하고 있어, 옴피그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

- ④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회 등의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 옴피그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 옴피그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 옴피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 옴피그룹 대표이사 겸 회장으로서의 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 옴피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

- ① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업을 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 옴피그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불

과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

- ② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업이 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을 앰피그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

- ③ 한편, 앰피그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)㉠㉡점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데, ㉠㉡점 직영인수 당시 앰피그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 앰피그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서 ㉠㉡점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 앰피그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 앰피그룹의 사주였던 피고인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

- ④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나 ㉢㉣점, ㉤㉥점, ☆☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령 ㉠㉡점, ㉢㉣점, ☆☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 앰피그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 앰피그룹의 ㉠㉡점, ㉢㉣점, ☆☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 앰피그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

- 4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 엠피그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을 반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월 간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 엠피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고

, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세 법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 엠피그룹의 주가를 매각 당일 증가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[(매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 엠피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어 그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소

외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 애플그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 애플그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 애플그룹 주식 1주의 증가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가격의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지는 않는 것으로 보인다.

- ② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

- ③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식이 주식시장에 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가액에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 애플그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 애플그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

- ④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 애플그룹 주식의 거래소 증가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 애플그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 애플그룹 주식의 거래소 증가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 애플그룹 주식의 거래소 증가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당

일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ♣☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)♣△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ♣◎◎◎이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사입행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

- ① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조).

- ② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 묻지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

- ① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.
- ② (상호명 2 생략)♣△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를 거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.
- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♣△점 매장을 개점하였다.
- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.
그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.
공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유포드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.
공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유포드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.
- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ♣○○○○을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사임을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사임이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ♣○○○○이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ♣○○○○에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣△△△△라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣○○○○으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣△△△△에 대한 현장실사를 하였고, ♣△△△△가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡짐 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣△△△△로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣○○○○이라는 회사를 만들었고, ♣○○○○은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

- ⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드'가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고, (상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원애프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원애프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

- ⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)♣▷점에서 ♣♣♣에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 ♣♣♣ 제품을 공급해 달라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 ♣♣♣에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

- ⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 패널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

- ⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유푸트→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

- (i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.
- (ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣○○○○을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣○○○○에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유프드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.
- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ♣○○○○에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ♣◁◁◁라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ♣○○○○에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ♣♣♣에서 제

조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ♣♣♣에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급 방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성 요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스가 ♣♣♣♣에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유푸드로 하여금 ♣♣♣♣에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유푸드를 통해 ♣♣♣♣에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ♣♣♣♣에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유폐하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위 사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유폐하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와 같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ♀△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 애플그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략) ○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 ‘다이닝 매장’이었으나 애플그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략) ○○○ 직영점은 이와 다른 ‘배달 전용 매장’으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ♀△ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 애플그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 애플그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- 6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반

(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 애플그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 애플그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 애플그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다]. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 애플그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 애플그룹(이하 '애플그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인 가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다.

그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해
가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하

여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

- 8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유 무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

- 1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 엠피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

- 가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

- 나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청

을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4행 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5행 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2행 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3행 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4행 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2행 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).

② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.
- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 옴피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 옴피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 옴피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 옴피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재판절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제

2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

- (1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

- (2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어권의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

- (1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단위: 천 원) 연도 자산총계 부채총계 자본총계 매출액 영업이익 당기순이익 2013년 69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014년 83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015년 100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자

치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

- ④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

- ⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

- ① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).
- ② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).
- ③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
- ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의

유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다.

이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).

- ③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

- ④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

- ① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).

- ② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

- ③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.

② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하

거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.

- ③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.

또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.

- ④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.

당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.

- ⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은

법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이

의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

- ① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 엠피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 엠피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 엠피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

- ② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 확정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♀♀♀의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.

공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 확정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 확정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

- ③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

- 2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지

로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

- ① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방 한 칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).
- ② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로는 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).
- ③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).
- ④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.

한편, ▼▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.

또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.

⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠르기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는

다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

‘라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 ‘1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위’와 ‘2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위’를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸

드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 애플그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 애플그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 애플그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 애플그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 애플그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 애플그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 애플그룹의 주장요지

피고인 1과 애플그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 애플그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부와 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다.

앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같

다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 설시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 엠피그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 엠피그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 엠피그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 엠피그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 엠피그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

- ③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 엠피그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 목인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스료 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스료 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 '물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

‘라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

- ② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 ‘제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

‘(증거기록 4729쪽), ‘제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

‘라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 ‘이 사건 관리매장’이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로써 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영 방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠

피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서는 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 엠피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 엠피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 엠피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 엠피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 엠피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 엠피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 엠피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점,

☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지로(증가 제66, 69호증). 한편, 엠피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.

③ 또한 엠피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.

④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다.

한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.

⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인 1이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당시에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되

는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●과 ▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는

공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만 (형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 엠피그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 엠피그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 엠피그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 엠피그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 엠피그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 엠피그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 엠피그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 실시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공

소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 엠피그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 엠피그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 함께 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 엠피그룹으로 하여금 함께 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알앤씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 함께 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 함께 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 함께 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여
가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다. 이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로얄티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이

사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

- ② 1997년경부터 현재까지 애플그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 애플그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 애플그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 애플그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 애플그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 애플그룹에 지급하는 광고분담금은 애플그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 애플그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

- ③ 애플그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 애플그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 애플그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

- ④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 애플그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 애플그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 애플그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

- ⑤ 애플그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 애플그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리

한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계

약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 ▷▷점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 앰피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 앰피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 앰피그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 앰피그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 앰피그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 앰피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 앰피그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 앰피그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

- ① 피고인은 2011. 10. 1. 앰피그룹 측에 □□점을 양도하면서 앰피그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 앰피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.
- ② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 앰피그룹의 공소외 30 고문은 수사기관 및 원심 법정에서 "앰피그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리

금 산정방식이 엠피그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

- ③ 엠피그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♠♠♠♠점, ♠○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 엠피그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 엠피그룹 측이 이미 파악하고 있어, 엠피그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

- ④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회 등의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 엠피그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 엠피그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 엠피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서는 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

- ① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업이 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 엠피그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

- ② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업이 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을

애플그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

③ 한편, 애플그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)♀♀♀♀점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데,♀♀♀♀점 직영인수 당시 애플그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁 업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 애플그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서♀♀♀♀점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 애플그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 애플그룹의 사주였던 피고인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 애플그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 애플그룹의 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 애플그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 애플그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을

반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월 간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 엠피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 엠피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[= (매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 엠피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어 그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠종금증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 증가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가액의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지 않는 것으로 보인다.

② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식의 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가격에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ☆☆☆이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사업행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조).

② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 문지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.

② (상호명 2 생략)♣△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를

거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.

- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♻△점 매장을 개점하였다.

- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.

그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.

공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유포드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.

공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♻○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유포드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.

- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ♻○○○○을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사입을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사입이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

- ⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ♻○○○○이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

- ⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ♣○○○○에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 쉐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣◁◁◁라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣○○○○으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣◁◁◁에 대한 현장실사를 하였고, ♣◁◁◁가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡집 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣◁◁◁로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣○○○○이라는 회사를 만들었고, ♣○○○○은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원에프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원에프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)과 점점에서 에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 에서 제품을 공급해 달라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 패널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유통→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

(i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.

(ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동

원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣○○○○을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣○○○○에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유프드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.

- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '♣○○○○'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서는 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ♣○○○○에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ♣◁◁◁라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ♣○○○○에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ♣♣♣에서 제조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ♣♣♣에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈

와 동원홈푸드의 소스가 ♣○○○○에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유푸드로 하여금 ♣○○○○에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유푸드를 통해 ♣○○○○에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ♣○○○○에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유포하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위 사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유포하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금

원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와 같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ☞△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략) ○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 ‘다이닝 매장’이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략) ○○○ 직영점은 이와 다른

‘배달 전용 매장’으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ⚡ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대

하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파

기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1과 피고인 주식회사 엠피그룹(이하 '엠피그룹'이라고 한다)

- 부당지원행위로 인한 독점규제및공정거래에관한법률위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해

1) 적용법규와 관련한 법리오해

가) 이 부분 공소사실은 근본적으로 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 나목 소정의 끼워넣기 규정에 해당되는 것으로 의율되어 있음에도 원심이 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목으로 의율하여 유죄를 인정한 것은 부당하다.

나) 공정거래법 제71조 제1항은 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다.

"고 규정하고, 같은 조 제2항은 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중 대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"고 정하고 있다.

엠피그룹과 주식회사 씨케이푸드(이하 '씨케이푸드'라고 한다) 내지 주식회사 장안유업(이하 '장안유업'이라고 한다) 사이의 거래행위는 관련시장에 별다른 영향을 주지 아니한 단순한 행정법규 위반행위에 불과함에도 형사처벌을 하는 것은 공정거래법 제71조 제2항의 취지에 위배된다.

2) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배

피고인들의 방어권 보장 및 심판대상의 확정, 기판력의 범위 확정 등을 위해 공소사실이 특정되어야 할 것임에도 피고인 1과 엠피그룹에 대한 이 부분 공소사실은 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 사실관계를 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 위반죄로 포섭하는 등 공소사실이 구체적으로 특정되지 않았다.

3) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해

피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 10.경까지 씨케이푸드 내지 장안유업과 이 부분 공소사실 기재와 같이 거래를 하였다고 하더라도 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 위 회사들에게 과다한 경제 상 이익을 제공하여 위 회사들을 부당하게 지원한 것으로 볼 수 없음에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

나. 피고인 1

1) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)[이하 '특정경제범죄법위반(횡령)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점

피고인은 딸 공소외 6으로부터 비자 발급을 위하여 필요하니 공소외 5를 엠피그룹의 정직원으로 등재하여 달라는 부탁을 받고 이를 공소외 7 상무에게 지시한 사실은 있으나, 피고인은 엠피그룹으로부터 공소외 5에게 급여 명목의 금액이 지급될 것이라는 사정을 알지 못하였으므로, 피고인에게는 업무상횡령의 고의가 없었다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점

비록 피고인이 주식회사 굿타임(이하 '굿타임'이라고 한다)의 설립과 그 대표이사를 공소외 3으로 선임하는 데 관여한 것은 사실이나, 공소외 3에게 책임경영을 맡긴 이후로는 일절 관여하지 않았으므로, 굿타임의 자금에 대하여 보관자의 지위에 있지 않았고, 공소외 8에 대한 급여 등 지급 결정에 관여하지 않았다.

2) 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)[이하 '특정경제범죄법위반(배임)'이라고 한다]의 점과 관련한 사실오인

피고인 운영의 관리매장들은 엠피그룹의 직영점이 부족한 상황에서 직영점이 담당하고 있던 업무들, 즉 신규직원·가맹점주·가맹점 직원들에 대한 교육, 가맹점의 신규 오픈, 승계, 유사시에 파견할 여유 인력을 보유하면서 필요불가결한 직원이 아닌 직원들에 대한 인건비 등의 부담, 신제품에 대한 고객 반응조사 등 플래그샵(flag shop) 역할 등을 수행하면서 일반 가맹점들과 달리 큰 비용을 부담하였고, 그 과정에서 여러 손실을 보게 되었다.

그에 따라 엠피그룹은 관리매장의 이러한 손실을 보상하는 차원에서 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금을 청구하지 아니한 것이고, 로열티 및 4대 보험료 등의 미청구는 합리적인 사유가 있는 다른 가맹점들에 대해서도 마찬가지로 이루어진 것이다.

따라서 피고인이 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 피고인 운영의 관리매장과 관련한 로열티, 파견 직원들의 급여 중 4대 보험료 등의 지급을 면제함으로써 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고, 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 입게 한 사실이 없다.

3) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(징역 3년, 집행유예 4년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 엠피그룹

1) 공정거래법 제70조의 적용과 관련한 사실오인 내지 법리오해

공정거래법 제70조에 따라 법인에게 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 위반행위를 하였다는 것만으로는 충분하지 않고, 법인 자신에게 독자적인 책임이 있을 것이 요구된다.

따라서 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리한 경우에 한하여 피고인을 처벌할 수 있다.

그럼에도 불구하고 원심은 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 피고인이 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부를 제대로 심리하지 아니한 채 피고인에 대하여 공정거래법 제70조를 적용하여 유죄를 인정하였는바, 이러한 원심 판단에는 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

원심이 피고인에게 선고한 형(벌금 1억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

라. 검사

1) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 엠피그룹은 매일유업 주식회사(이하 '매일유업'이라고 한다)와 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 이들을 부당지원한 것이 명백하다. 그럼에도 원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 및 장안유업을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

이러한 원심 판단에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

2) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 자금을 마련해주기 위하여 엠피그룹과 매일유업 사이에 또는 엠피그룹과 굿타임 사이에 거래단계상 전혀 필요가 없었던 씨케이푸드, 장안유업을 추가시켜 중간 유통이윤 상당의 법인자금을 유출시킨 것은 피고인 1, 피고인 2가 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령한 것으로 보아야 함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

3) 피고인 1의 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급 관련 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1은 자신이 실질적으로 지배하고 있는 주식회사 고전(이하 '고전'이라고 한다)과 굿타임의 법인자금을 빼내기 위하여 공소외 3과 공소외 4에 대한 급여 지급이라는 외관을 갖추고 정당한 이유 없이 법인자금을 유출하였다.

피고인 1의 지시에 의하여 공소외 3과 공소외 4의 가공급여가 지급되는 순간 횡령 범행은 기수에 이르는 것으로, 그 후 횡령에 의하여 취득한 위 급여 상당의 금액들이 공범 중 누구에게 얼마씩 귀속되는지 여부는 피고인 1의 범죄 성립 여부 및 범위와 무관하다.

그럼에도 불구하고 단독범으로 기소된 피고인은 원칙적으로 자신이 수령한 금원에 해당하는 부분에 한하여 형사책임을 진다는 전제에서 피고인 1이 수령한 돈의 원천 및 그 액수를 특정하여 인정할 수 없다는 이유로 무죄를 선고한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

4) 피고인 1의 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

엠피그룹과 가맹점주들 사이에 체결된 가맹점계약서에 의하면 명확히 브랜드 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 광고분담금을 지급하는 것으로 규정되어 있고, 가맹점주들 역시 위와 같은 취지로 진술하고 있는 점 등에 비추어 보면, 위 광고분담금은 브랜드 이미지와 상품광고라는 특정 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금전에 해당한다.

엠피그룹에서 광고분담금을 브랜드 이미지 및 상품광고가 아닌 다른 용도에 사용한 것은 횡령죄에 해당함에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

5) 피고인 1의 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 가맹점을 직영점으로 전환할 경우 권리금을 지급할만한 경우인지, 지급한다면 얼마로 산정할지에 대하여 객관적이고 충분한 분석이 뒤따라야 함에도 피고인 1이 운영하던 차명관리가맹점들은 위 피고인의 소유라는 이유만으로 아무런 분석과 근거 없이 막대한 권리금을 산정하여 이익을 귀속시켰으므로, 배임의 고의, 그 행위, 그에 따른 결과가 모두 인정됨에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

6) 피고인 1의 신주인수권 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 굿타임에 손해가 발생하였음은 충분히 입증되었다고 할 것임에도 검사가 제출한 증거만으로는 피고인의 지시에 따른 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 인하여 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하다고 본 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

7) 피고인 1, 엠피그룹의 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

피고인 1, 피고인 3, 피고인 4는 (상호명 1 생략)의 사업 초기 식자재 조달을 방해함으로써 (상호명 1 생략)의 사업활동을 방해하려고 한 점, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1에 대한 명백한 허위 고소를 통해 심리적으로 압박하면서 (상호명 1 생략)의 사업활동을 중단하라는 강한 경고를 보낸 점, 위 피고인들의 보복 의도가 명백히 드러나는 카카오톡 대화내용, 수익성과 상징성이 없는 지역에서 (상호명 1 생략) 매장 인근에 이례적으로 (상호명 2 생략) 직영점을 출점하고, 새로 출점한 직영점에서 파격적 할인행사를 진행한 점 등을 종합할 때, 피고인들은 정상적인 경영판단이 아니라 공소외 1을 비롯해 (상호명 2 생략)을 탈퇴한 가맹점주들에게 보복하기 위하여 직영점을 출점한 것이 명백하여 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당된다고 할 것임에도 이와 달리 판단한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다.

8) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해

검사는 피고인 1이 단일한 범의 하에 가공급여 지급 등의 방법으로 회사자금을 빼내어 엠피그룹을 포함한 피해회사들에 손해를 끼치는 범행을 반복하였다는 점에서 피해회사별로 피해액을 합산하여 각 특정경제범죄법위반(횡령), 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소하였다.

원심은 공소가 제기된 범죄사실 중 일부를 무죄로 판단하면서 유죄가 선고된 피해회사별 합산 피해액이 5억 원 이상에 해당하지 않는다는 이유로 이유무죄를 선고하였는바, 일부 무죄판결이 선고된 부분이 시정되게 되면 이 부분 이유무죄가 선고된 부분도 시정되어야 한다.

9) 양형부당

원심이 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 선고한 위 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 직권판단

1) 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 살피건대, 검사는 당심에서 아래와 같이 수차례에 걸쳐 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 각 허가함으로써 그 심판대상이 변경되었다.

따라서 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 엠피그룹에 대한 부분은 그대로 유지할 수 없게 되었다.

가) 검사는 2018. 7. 4. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가), (나) 부분 및 피고인 2에 대한 공소사실을 주위적 공소사실로 하되, 기존 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 '피고인은 다음과 같은 다양한 방법으로 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 회사자금 합계 5,903,487,023원을 횡령하였다.

'부분을 삭제하고, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1)의 (다) 공소외 9에 대한 가공급여 지급 및 (라) 공소외 5에 대한 가공급여 지급 부분은 각 형법상 업무상횡령죄(형법 제356조, 제355조 제1항)로 변경하며, 예비적으로 죄명에 특정경제범죄법위반(배임), 적용법조에 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호, 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항, 제30조를 각 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 및 2항 기재와 같은 피고인 1과 피고인 2에 대한 공소사실을 예비적 공소사실로 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (2) 고전 법인자금 횡령의 점 중 (라) 공소외 3에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 3항 기재와 같이, 위 공소사실 1의 나항 (3) 굿타임 법인자금 횡령의 점 중 (가) 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분을 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 4항 기재와 같이 각 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

나) 검사는 2018. 11. 16. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령의 점을 주위적 공소사실로 하고, 예비적으로 죄명에 업무상배임, 적용법조에 형법 제356조, 제355조 제2항, 제1항을 추가하고, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 5항 기재와 같이 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

다) 검사는 2019. 3. 22. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원 부분 중 제4단락 제2항 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제4항 '137회' 부분을 '124회'로 변경하며, 제5항 '102,682,642,456원' 부분을 '102,129,337,860원'으로 변경하고, 제6항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 중 2항 '5,903,487,023원' 부분을 '5,871,627,307원'으로 변경하고, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제3항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

또한 검사는 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4항 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 공소사실 3의 가항 제3단락 제4항 '2017. 3.경까지 137회' 부분을 '2016. 4.경까지 124회'로 변경하며, 제5항 '4,803,217,213원'

부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

그리고 검사는 2018. 7. 4.자로 추가한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,771,357,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,678,912,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1을 별지 범죄일람표 1 - (1)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

라) 검사는 2019. 6. 21. 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원의 점 중 제4단락 제6행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 1의 나항 (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 부분 2행 '5,871,627,307원' 부분을 '5,811,787,307원'으로 변경하며, (1) 엠피그룹 법인자금 횡령의 점 중 (가) 씨케이푸드에 대한 허위 유통이윤 지급의 점 부분 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 피고인 2에 대한 공소사실 3항 제4행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 공소사실 3의 가항 제3단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하며, 피고인 엠피그룹에 대한 공소사실인 '피고인은 제1의 가항, 제2항과 같이 피고인의 대표자인 위 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

'는 부분에서 언급된 제1의 가항은 공소장변경을 통하여 최종 변경된 공소사실인 제1의 가항 내용으로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

검사는 2018. 7. 4.자로 추가하고, 2019. 3. 22.자로 변경한 예비적 공소사실과 관련하여, 피고인 1에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하며, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실 중 마지막 단락 제5행 '4,771,357,497원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하고, 제7행 '5,678,912,447원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하고, 기존 범죄일람표 1 - (1)을 별지 범죄일람표 1 - (2)로 변경하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였다.

2) 다만 위와 같은 직권파기 사유에도 불구하고 피고인 1, 엠피그룹의 원심판결에 관한 각 사실오인 및 법리오해 주장과 검사의 위 피고인들과 피고인 2에 대한 각 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 심판대상이 되므로, 아래에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

나. 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 각 사실오인 내지 법리오해 주장에 관한 판단

1) 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 적용법규와 관련한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

- ① 공소사실과 적용법조가 택일적으로 기재되어 공소가 제기된 경우에 그중 어느 하나의 범죄사실만에 관하여 유죄의 선고가 있는 제1심판결에 대하여 항소가 제기되었을 때 항소심에서 항소이유가 있다고 인정하여 제1심판결을 파기하고 자판을 하는 경우에는 다시 사건 자체에 대하여 판결을 하는 것이어서 택일적으로 공소 제기된 범죄사실 가운데 제1심판결에서 유죄로 인정된 이외의 다른 범죄사실이라도 그것이 철회되지 아니하는 한 당연히 항소심의 심판의 대상이 된다고 할 것이다(대법원 1975. 6. 24. 선고 70도2660 판결 참조).
- ② 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 포괄일죄로 처단하여야 한다(대법원 1998. 2. 24. 선고 97도183 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조).

(나) 부당지원행위에 관한 검사의 기소 요지

검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 관하여, 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항 모두에서 "사업자는 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 부동산·유가증권·무체재산권 등 자산 또는 상품·용역을 상당히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 상당한 규모로 제공 또는 거래하여서는 아니 되고, 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미한 특수관계인이나 다른 회사를 거래 단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 하여서는 아니 된다.

"고 실시한 뒤, 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2017. 3.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위로서 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 해당한다는 취지로 피고인 1을 기소하였다가 앞서 본 바와 같이 부당지원행위의 지원금액 및 지원기간 등에 관하여 공소장변경 허가신청을 하여 이 법원의 허가를 받았다.

한편, 검사는 당심 제1회 공판준비기일에서 피고인 1의 부당지원행위와 관련한 기소내용에 관하여, 대가성 지원행위, 규모성 지원행위, 끼워넣기를 통한 지원행위를 모두 기소한 것이라고 진술한 바 있다.

(다) 원심의 판단내용

원심은, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다.

"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 공정거래법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용되므로, 결국 위 지원행위가 전체적으로 공정거래법상 부당지원행위에 해당한다고 보기 위해서는 위 지원행위가 구 공정거래법상 부당지원행위 금지규정에 따라 '현저히 유리한 조건의 거래'로 평가될 것임이 요구된다는 전제에서, 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업을 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것은 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 판시하였다.

한편, 원심은 피고인 1의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부에 관하여는 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고

인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 판단하였다.

(라) 당심의 심판범위

i) 피고인 1에 대한 공소장의 기술방식 및 내용

이 사건 기록에 의하여 인정되는 공소장의 기술방식 및 내용은 다음과 같다.

- ① 검사는 피고인 1에 대한 공소사실 1의 가항의 제목을 '부당지원행위로 인한 공정거래법위반'으로, 소제목을 (1) 부당한 자산·상품 등 지원 및 씨케이푸드 거래단계 추가를 통한 부당지원, (2) 부당한 자산·상품 등 지원 및 장안유업 거래단계 추가를 통한 부당지원으로 기재하였는바, 위 공소사실에 끼워넣기를 통한 지원행위만 포함되어 있다고 보기는 어렵다.
- ② 또한 당초 공소장의 범죄일람표 1, 2에 의하면 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 지급한 금액(전자)과 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업에 지급한 금액(후자)의 차액을 지원금액으로 산정하고 있고, 검사는 후자가 피고인 엠피그룹과 매일유업이 직거래를 하였더라면 지급하였을 금액이라고 주장하면서 이를 정상가격이라고 주장하고 있는바, 검사는 대가성 지원행위에 관해서도 기소하였다고 봄이 상당하다.

③ 이 부분 공소사실에는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 치즈 등 공급거래의 기간, 횟수 및 총 공급가액, 유통이윤 합계 등이 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 검사가 규모성 지원행위도 기소한 것으로 볼 수 있다.

ii) 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 구조

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호는 "부당하게 특수관계인 또는 다른 회사에 대하여 가지급금·대여금·인력·부동산·유가증권·상품·용역·무체재산권 등을 제공하거나 현저히 유리한 조건으로 거래하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위"를 규제대상으로 규정하고 있어 규모성 지원행위와 대가성 지원행위를 구분하지 아니하고, 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 부당지원행위의 유형을 '현저히 높거나 낮은 대가로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(대가성 지원행위)와 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'(규모성 지원행위)를 구분하고 있다.

위와 같은 법문의 규정체계에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 부당지원행위는 규모성 지원행위로도 충족될 수 있고, 대가성 지원행위로도 충족될 수 있고, 규모성 지원행위와 대가성 지원행위가 합쳐져서 충족될 수도 있는 구조로 되어 있다.

현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목은 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 법문 중 '현저히 유리한 조건'을 '상당히 유리한 조건'으로 변경하고, 그에 맞추어 공정거래법 시행령의 법문도 수정하여 요건을 완화하였을 뿐 양자는 전체적인 규정체계 및 구조가 동일하다.

iii) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격

검사는, 공정거래법 개정으로 제23조 제1항 제7호 나목이 신설되기 이전에도 대법원이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용하여 끼워넣기 형태의 부당지원행위를 규제하였음을 들어서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 예시적 규정이라고 주장한다.

그러나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 입법 취지와 관련하여, 2013. 7. 의안번호 5806호로 국회 정무위원장이 제안한 공정거래법 일부개정법률안의 주요 내용 및 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법의 주요 내용에는 모두 '부당지원행위의 한 유형으로서 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위를 신설함'이라고 기재되어 있다.

공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목과 나목은 그 법문 자체에 의하더라도 각기 부당지원행위의 성립요건을 서로 다르게 규정하고 있다.

종래 대법원이 끼워넣기를 통한 지원행위의 유형에 대하여 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호를 적용한 사례(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013두17466 판결)가 있기는 하지만, 이는 어디까지나 위 행위 유형이 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 성립요건을 충족하였기 때문이며, 그러한 사례가 존재한다는 사정만으로 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목의 예시라고 보기는 어렵다.

따라서 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목은 같은 법 제23조 제1항 제7호 가목과는 별개의 창설적 규정이라고 봄이 타당하다.

iv) 소결

앞서 본 바와 같은 이 사건 공소장의 기술방식 및 그 내용, 부당지원행위 관련 규정의 체계 및 그 구조, 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목의 법적 성격 등에 비추어 보면, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당하다.

한편, 앞서 본 법리에 의하면, 원심이 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점과 관련하여 택일적으로 기소된 대가성 지원행위와 규모성 지원행위 중 규모성 지원행위에 대해서만 유죄판결을 하였더라도 이에 대하여 피고인 1, 엠피그룹이 항소를 제기한 이상 유죄로 인정되지 아니한 대가성 지원행위도 항소심의 심판대상이 된다.

따라서 이하에서는 피고인 1, 엠피그룹과 검사의 부당지원행위 관련 사실오인 등 주장에 대해서뿐 아니라 대가성 지원행위의 성립 여부와 관련한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대하여도 함께 살펴보기로 한다.

(2) 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 입법 취지에 위반된다는 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

헌법재판소는 구 공정거래법(1996. 12. 30. 법률 제5235호로 개정되기 전의 것) 제71조와 관련하여, 다음과 같이 판시한 바 있다.

공정거래법은 제71조에서 "제66조 및 제67조의 죄는 공정거래위원회의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있다"는 규정만을 두고 있을 뿐 공정거래위원회의 고발권 행사에 관한 아무런 요건이나 제한규정도 두지 아니하고 있고, 공정거래위원회의 고발은 통상의 친고죄에 있어서의 고소와 같이 제1심판결 선고 전까지는 언제든지 이를 취소할 수 있다고 해석할 수밖에 없다(형사소송법 제232조 제1항 참조). 그러므로 공정거래위원회는 심사의 결과 인정되는 공정거

래법 위반행위에 대하여 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 모든 행정청의 행정재량권과 마찬가지로 전속고발제도에 의한 공정거래위원회의 고발재량권도 그 운용에 있어 자의가 허용되는 무제한의 자유재량이 아니라 그 스스로 내재적인 한계를 가지는 합목적적 재량으로 이해하지 아니하면 안된다고 할 것이다.

만약 공정거래위원회가 대폭의 가격 인상 카르텔 등의 경우와 같이 그 위법성이 객관적으로 명백하고 중대한 공정거래법 위반행위를 밝혀내고서도 그에 대해 고발을 하지 아니한다면 법집행기관 스스로에 의하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고 소비자를 보호한다는 법 목적의 실현이 저해되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

결국 공정거래법이 추구하는 앞서 본 법 목적에 비추어 행위의 위법성과 가벌성이 중대하고 피해의 정도가 현저하여 형벌을 적용하지 아니하면 법 목적의 실현이 불가능하다고 봄이 객관적으로 상당한 사안에 있어서는 공정거래위원회로서는 그에 대하여 당연히 고발을 하여야 할 의무가 있고 이러한 작위의무에 위반한 고발권의 불행사는 명백히 자의적인 것으로서 당해 위반행위로 인한 피해자의 평등권과 재산절차 진술권을 침해하는 것이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 94헌마136 전원재판부 결정 참조).

(나) 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위

위와 같은 헌법재판소 판결의 취지에 따라 1996. 12. 30. 공정거래법 개정 시 제71조 제2항에 "공정거래위원회는 제66조 및 제67조의 죄 중 그 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하는 경우에는 검찰총장에게 고발하여야 한다.

"는 규정을 신설하게 되었는데, 이는 공정거래위원회의 전속고발권 불행사에 대한 통제장치라고 볼 수 있다.

(다) 판단

위와 같은 헌법재판소의 판시내용 및 공정거래법 제71조 제2항의 신설 경위에 비추어 보면, 공정거래위원회로서는 공정거래법 위반행위 중 전속고발권 불행사에 대한 통제장치인 공정거래법 제71조 제2항의 요건을 충족하는 경우에는 반드시 검찰총장에게 고발을 하여야 하나, 위 요건을 충족하지 아니하는 공정거래법 위반행위에 대하여는 일응 고발을 할 것인가의 여부를 결정할 재량권을 갖는다고 보아야 할 것이다.

따라서 가사 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래가 관련 시장에 영향을 주지 않는 단순한 행정법규 위반행위라고 하더라도 공정거래위원회가 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 내지 장안유업 사이의 거래행위에 관하여 부당지원행위로 의율하여 검찰총장에게 고발한 것이 공정거래법 제71조 제1항, 제2항의 취지에 위배된다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 공소사실의 불특정 및 불고불리의 원칙 위배 주장에 대한 판단

(1) 앞서 2. 나. 1) 가)의 (1) '끼워넣기를 통한 지원행위만 기소한 것이고 법원의 심판대상도 그에 한정된다는 취지의 주장에 대한 판단'에서 살펴본 바와 같이, 검사는 이 부분 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 판단된다.

구체적으로는, 검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위에 대하여, 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것)에 따라 개정된 공정거래법의 시행시기인 2015. 2. 14.을 기준으로 각 그 이전의 거

래행위에 대하여는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위로 의율하고, 그 이후의 거래행위에 대해서는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 나목 소정의 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위와 끼워넣기를 통한 지원행위로 의율하였다.

그리고 포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 법 개정의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우 신·구법의 법정형에 대한 경중을 비교하여 볼 필요도 없이 범죄실행 종료시의 법이라고 할 수 있는 신법을 적용하여 처단하여야 한다는 법리(대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도5075 판결, 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도321 판결 등 참조)에 따라 규모성 지원행위 또는 대가성 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목을, 2015. 2. 14. 이후의 끼워넣기를 통한 지원행위에 대하여는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목을 적용하여 각 기소한 것으로 볼 수 있다.

(2) 한편, 공소사실의 기재에 있어서 범죄의 일시·장소·방법을 명시하여 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지는 법원에 대하여 심판의 대상을 한정하고 피고인에게 방어외의 범위를 특정하여 그 방어권 행사를 쉽게 해 주기 위한 데에 있는 것이므로, 공소사실은 이러한 요소를 종합하여 구성요건 해당 사실을 다른 사실과 구별할 수 있을 정도로 기재하면 족하고, 공소장에 범죄의 일시·장소·방법 등이 구체적으로 적시되지 않았더라도 위와 같이 공소사실을 특정하도록 한 법의 취지에 반하지 아니하고 공소범죄의 성격에 비추어 그 개괄적 표시가 부득이한 경우에는, 그 공소내용이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 할 수 없으며, 특히 포괄일죄에 있어서는 그 일죄의 일부를 구성하는 개개의 행위에 대하여 구체적으로 특정되지 아니하더라도 그 전체 범행의 시기와 종기, 범행방법, 피해자나 상대방, 범행횟수나 피해액의 합계 등을 명시하면 이로써 그 범죄사실은 특정된다(대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결 등 참조). 이러한 법리와 이 사건 공소장에는 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여, 전체 지원행위의 시기 및 종기, 범행방법, 범행횟수, 지원금액 등이 구체적으로 명시되어 있는 점 등에 비추어 보면, 이 부분 공소사실의 내용은 특정되었다고 볼 수 있고, 피고인 1, 엠피그룹의 주장처럼 위 피고인들의 방어권 행사에 지장을 초래한다고 보기는 어렵다.

따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 소정의 규모성 지원행위에 관한 법리오해 주장에 대한 판단

(1) 인정 사실

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

(가) 피고인 엠피그룹의 현황

피고인 엠피그룹은 일반음식점업, 프랜차이즈 사업 등을 주된 사업목적으로 하는 회사로서 공정거래법 제2조 제1호에 따른 사업자이고, 피고인 1은 피고인 엠피그룹의 실질적 경영자로서 자금 집행 등 업무를 총괄하는 자이다.

피고인 엠피그룹에 대한 2016년 정보공개서에 의하면 피고인 엠피그룹이 가맹사업을 영위하는 영업표지는 '(상호명 2 생략)', '(상호명 3 생략)'이며, 피고인 엠피그룹의 직전 3개년도 재무상황은 아래와 같다.

(단 위 : 천 원) 연 도 자 산 총 계 부 채 총 계 자 본 총 계 매 출 액 영 업 이 익 당 기 순 이 익 2 0 1 3 년
69,498,156 43,590,482 25,907,674 170,322,935 4,941,346 3,659,385 2014 년
83,074,096 37,706,979 45,367,118 142,888,725 1,753,657 931,529 2015 년
100,202,637 58,691,442 41,511,196 110,334,442 - 7,258,907 - 5,685,686

(나) 씨케이푸드와 장안유업의 현황

- ① 씨케이푸드는 피고인 1의 동생인 피고인 2가 2005. 10. 21. 자신의 처인 공소외 11을 대표이사로 하여 식품제조가공업 등을 사업목적으로 하여 설립한 회사로, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201220132014구분2011201220132014자산총계4,3183,9502,191매출액14,24211,22610,1672,340부채총계2,4281,979395영업이익불명215-5-251자본총계1,8901,9711,796당기순이익32723981-175

- ② 장안유업은 공소외 12가 1999. 10. 27. 치즈 수입 및 가공업, 축산물 가공, 제조 판매업 등을 목적으로 설립한 회사로, 주요 구매처 중 매일유업의 거래비중이 34%로 가장 크고, 주요 판매처로 엠피그룹의 거래비중이 35%로 가장 크며, 자산 및 부채 현황, 매출액과 영업이익 및 당기순이익은 아래와 같다.

(단위: 백만 원)구분201320142015구분201320142015자산총계4,0827,6088,787매출액9,83818,46016,640부채총계2,5085,4426,117영업이익457730733자본총계1,5742,1662,669당기순이익65592503

(다) 피고인 엠피그룹의 피자치즈 구매경로의 변천 과정

- ① 피고인 엠피그룹은 피자 원료인 피자치즈를 구매함에 있어 안정적 공급물량 확보 등을 위하여 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었다.

- ② 피고인 엠피그룹은 2001년까지는 매일유업의 자회사인 매일뉴질랜드 주식회사(2010년경 매일유업에 합병되었다. 이하 '매일유업'이라고 한다)의 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡의 치즈를 직거래로 공급받았다.

피고인 엠피그룹은 2005. 11.경부터는 피고인 2가 설립한 매일유업의 대리점인 씨케이푸드를 통하여 공급받았고, 2014. 1.경부터는 장안유업을 통하여 공급받았다가 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회로부터 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가에 대한 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

- ③ 피고인 엠피그룹은 위 복수의 거래처 유지정책에 따라 위 ②항의 공급경로와 별도로 1997.경부터 2001. 초경까지는 서울우유협동조합(이하 '서울우유'라고 한다)의 피자치즈를, 2001. 상반기부터 2005. 10.경까지는 ♡♡♡♡의 피자치즈를, 2005. 11.경부터 2011. 4.경까지는 서울우유의 피자치즈를 서울우유의 대리점인 ●●●●을 통해 공급받았고, 2011. 5.경부터 2016. 10.경까지는 공소외 13이 설립한 서울우유 대리점인 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈를 공급받았으며, 2016. 11.경부터는 서울우유로부터 직접 피자치즈를 공급받았다.

- ④ 서울우유가 그 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분은 2005. 10.경부터 2010. 12.경까지는 모짜렐라 치즈(국산 30%, 뉴질랜드 60%) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으나, 2011. 5. 재납품시부터는 모짜렐라 치즈(뉴질랜드) 90%, 고다치즈 10%의 배합비율이었으며 중간에 원산지 비율이 여러 차례 변경되었다.

매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 구성성분도 위와 동일하게 이루어져 있었다.

- ⑤ 매일유업이 2010. 4.부터 2018. 11.까지 씨케이푸드, 장안유업, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 3 '매일유업 납품가 및 월별 매출액' 기재와 같고, 서울우유가 2011. 5.부터 2018. 11.까지 ▼▼▼▼, 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 납품단가 및 월별 매출액은 별지 4 '서울우유협동조합 납품가

및 월별 매출액' 기재와 같다.

한편, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품했던 피자치즈의 공급가격은 같은 시기를 비교하더라도 서로 차이가 있었다.

(라) 피고인 2의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈 납품경위

- ① 피고인 2는 2001년경까지 피고인 엠피그룹의 중앙공급소장으로 근무하다가 2002년경 식자재 공급업체인 ♡♡♡의 감사로 그 직을 옮기게 되었는데, 피고인 엠피그룹은 피고인 2의 이직 무렵 피자치즈의 공급처를 매일유업에서 ♡♡♡로 변경하였다(증거기록 3380쪽).
- ② 피고인 엠피그룹은 2005년 말경부터 다시 피자치즈 공급처를 매일유업과 서울우유로 변경하기로 하였는데, 그 과정에서 피고인 2는 피고인 1에게 자신이 피고인 엠피그룹에 매일유업 측의 치즈를 공급하고 싶다는 요청을 하였고, 피고인 1은 이를 승낙하였다(증거기록 3414, 4838쪽). 이에 피고인 2는 2005. 10.경 씨케이푸드를 설립하여 2005. 11.경부터 매일유업으로부터 피자치즈를 구매하여 피고인 엠피그룹에 이를 판매하는 형식을 취하며 그 매입액과 매출액 간 차액 상당의 중간 유통이윤을 수취해 왔다(증거기록 603쪽).
- ③ 피고인 2는 2013년 말경 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 자신이 운영하는 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실에 대해 항의하는 등 이와 관련한 문제가 불거지자 자신이 평소 알고 지내던 공소외 12에게 요청하여 공소외 12가 운영 중인 장안유업을 통하여 피고인 엠피그룹에 매일유업의 피자치즈를 공급하고 그로 인한 중간 유통이윤을 자신과 공소외 12가 나누어 가지기로 협의한 뒤, 피자치즈 중간 공급선을 씨케이푸드에서 장안유업으로 변경하여 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 계속 공급하였다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 39쪽, 원심 증인 공소외 12에 대한 증인신문 녹취서 4쪽, 증거기록 621쪽).

(마) 피고인 엠피그룹의 체다치즈 구매경로의 변천과정, 경위 및 공급구조

- ① 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다.
- ② 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 피고인 엠피그룹의 구매본부장이자 당시 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하던 굿타임의 대표인 공소외 3에게 씨케이푸드를 체다치즈의 유통과정에 넣어 위 업체가 피고인 엠피그룹에 체다치즈를 공급하는 것처럼 해 달라는 의사를 전달하였다. 이에 공소외 3이 피고인 1에게 위와 같은 내용을 보고하자 피고인 1이 이를 승낙함으로써 2010. 3.경부터 씨케이푸드가 굿타임으로부터 체다치즈를 구매하여 이를 피고인 엠피그룹에 공급하는 외관이 만들어지게 되었다(증거기록 3421쪽, 4218쪽, 원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 41쪽).
- ③ 구체적으로는 2010. 3.경부터 2012. 3.경까지는 굿타임이 미국이나 뉴질랜드에서 수입한 체다치즈 블록을 ◆◆◆◆◆라는 임가공업체에 맡겨 임가공을 한 후 씨케이푸드를 통해 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였고, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였다.

④ 그런데 씨케이푸드가 2012. 4.경부터 굿타임으로부터 체다치즈 블록을 받아 ◆◆◆◆◆에 임가공을 의뢰하는 형태를 취하게 된 것은 씨케이푸드에 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 특별한 역할이 없는 업체가 가운데 끼어들어 있어서 어떤 문제가 생기지 않을까 우려하여 서류상으로만 흐름을 변경한 것이다.

(바) 씨케이푸드 및 장안유업의 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 총 매출액 및 유통이윤

① 씨케이푸드는 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 124회에 걸쳐 피고인 엠피그룹에 합계 102,129,337,860원 상당의 피자치즈 및 체다치즈를 공급하였다.

씨케이푸드는 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 씨케이푸드는 위 기간 동안 매일유업에 합계 97,417,820,363원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 4,711,517,497원을 취득하였다(증거기록 4214쪽).

② 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임은 서류상으로 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 체다치즈 블록을 수입하여 임가공업체를 통해 가공한 후 이를 씨케이푸드에 공급하였고, 씨케이푸드는 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는데, 씨케이푸드가 2010. 3.경부터 2016. 4.경까지 피고인 엠피그룹에 납품한 체다치즈의 매출액은 별지 범죄일람표 1-(2) 중 '엠피그룹 → 씨케이푸드 지급금액(씨케이푸드 매출액)'에 피자치즈 매출액과 함께 포함되어 있다.

③ 장안유업은 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 총 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 피자치즈를 피고인 엠피그룹에 공급하였다.

장안유업은 매일유업으로부터 피자치즈를 공급받아 이를 피고인 엠피그룹에 납품하였는바, 장안유업은 위 기간 동안 매일유업에 합계 16,856,233,900원을 지급하였고, 그 중간 유통이윤으로 합계 907,554,950원을 취득하였다(증거기록 1539쪽).

(사) 이 사건 피자치즈의 공급대체성 및 피자치즈의 시장규모 등

① 치즈는 크게 자연치즈와 가공치즈로 구분되는데, 자연치즈는 우유를 유산균으로 발효시키거나 우유에 효소를 가하여 생성된 응유로부터 유청을 제거하여 고형상으로 한 것 또는 이들을 숙성한 것을 말하며, 가공치즈는 자연치즈를 주원료로 하여 이에 다른 식품 또는 식품첨가물 등을 가한 후 유화시켜 제조한 것을 일컫는다.

② 치즈제품은 형태에 따라 구분하기도 하는데, 가공치즈를 슬라이스상으로 성형한 것을 슬라이스 치즈, 롤 모양으로 성형한 것을 롤 치즈, 막대기 모양으로 성형한 것을 스틱 치즈라고 하고, 자연치즈를 쉬레드(shred, 채썰음)를 하거나 펠릿(pellet, 알갱이 모양으로 만듦)을 한 것을 쉬레드 치즈, 펠릿 치즈라고 한다.

③ 매일유업은 이 법원의 사실조회에 대하여, 매일유업 이외의 다른 유가공업체들이 기본적인 해동실, 냉장창고, 냉동창고 시설, 다이싱(Dicing) 설비와 분말셀룰로스 혼합설비, 가스치환이 가능한 삼면포장기를 보유하거나 도입할 수 있는 경우를 가정한다는 전제하에 그들도 매일유업이 피고인 엠피그룹에 공급한 피자치즈와 동일한 배합비율의 피자치즈를 생산하는 것이 가능하고, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드나 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 품질은 아니더라도 동일한 성분의 피자치즈를 전제로 하는 경우 이를 생산할 수 있는 유가공업체는 매일유업을 포함하여 22개 업체에 이른다고 회신하였다.

또한 매일유업이 B2B(Business-to-Business) 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매(유통)를 염두에 두지 않고 중국적인 소비가 이루어지는 거래처는 2018. 12. 말 기준으로 138개에 이른다고 회신하였다.

④ 피고인 엠피그룹에서는 2004. 5.경 이전에는 체다치즈를 사용하지 않다가 2004. 5.경 '포테이토 골드 피자'를 출시하면서 체다치즈를 사용하게 된 것으로 보이는데, 체다치즈는 포테이토 피자 위에 뿌리는 형태로 사용되었다.

당시 내부보고용 문서에는 체다치즈가 주로 멕시코 요리 및 감자요리에 사용되는 것으로 기재되어 있는데, 피고인 엠피그룹이 사용한 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품되는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈라는 점에 대해서는 아무런 증거가 없다.

⑤ 한편, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장은 2,618억 원 정도로 추정된다(증 제605호증, 이 법원의 매일유업에 대한 사실조회 회신).

(2) 판단

- 규모성 지원행위의 성립요건 충족 여부

(가) 판단의 전제

검사는 피고인 1이 피고인 엠피그룹을 통하여 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 행한 씨케이푸드에 대한 지원행위 및 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 행한 장안유업에 대한 지원행위가 공정거래법상 부당지원행위에 해당함을 전제로 기소하였다.

그런데 공정거래법 부칙(2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 것) 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

따라서 피고인 1의 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 지원행위가 검사의 기소내용과 같이 전체 지원기간에 대하여 포괄 일죄로서 규모성 지원행위로 인정되기 위해서는 개정된 공정거래법의 시행시기를 기준으로 그 이전의 거래행위는 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 하고, 그 이후의 거래행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 및 관련 [별표 1의2] 제10호에서 규정하는 바와 같이 '상당한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하는 경우'에 해당되어야 할 것이다.

(나) 관련 법리

구 공정거래법(1999. 12. 28. 법률 제6043호로 개정되기 전의 것) 제23조 제1항 제7호는 '현저히 유리한 조건으로 거래'하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있고, 같은 조 제2항의 위임에 기한 같은 법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호는 현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위를 지원행위로 규정하고 있는바, 거래의 조건에는 거래되는 상품 또는 역무의 품질, 내용, 규격, 거래수량, 거래횟수, 거래시기, 운송조건, 인도조건, 결제조건, 지불조건, 보증조건 등이 포함되고 그것이 자금, 자산, 인력 거래라고 하여 달리 볼 것은 아니며, 거래규모는 거래수량에 관한 사항으로서 거래조건에 포함된다고 할 수 있고 현실적인 관점에서 경우에 따라서는 유동성의 확보 자체가 긴요한 경우가 적지 않음에 비추어 현저한 규모로 유동성을 확보할 수 있다는 것 자체가 현저히 유리한 조건의 거래가 될 수 있으므로, '현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'하는 것도 같은 법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'의 하나라고 볼 수 있을 것이지만, 현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상

이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조).

판례는 이처럼 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래', 즉 '현저히 낮거나 높은 대가로 제공 또는 거래하거나 현저한 규모로 제공 또는 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공'한 것인지 여부를 판단하는 데 있어서 고려해야 할 요소들은 제시하고 있으나, 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '현저한 규모'나 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목 및 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표] 제10호 소정의 '상당한 규모'에 대해서는 명확한 판단기준을 제시하고 있지 아니하다.

그런데 대가성 지원행위에 있어서는 부당한 자산·상품 등 지원행위에서 급부와 반대급부간 거래조건이 현저히 또는 상당히 유리한지 판단하는 기준이 되는 '정상가격'의 의미 및 정상가격을 산정하기 위한 방식과 기준이 어느 정도 개발되어 있지만, 규모성 지원행위에 있어서는 정상 거래량을 산정하기 위한 방식과 기준이 거의 개발되어 있지 않아 현실적인 거래에서 다른 거래 사례를 찾더라도 이를 비교기준으로 삼기가 쉽지 않기 때문에 기업 간 거래에 있어서 거래물량이 어느 정도가 될 때 적정한지를 판별하는 기준을 시장으로부터 도출하는 것은 사실상 불가능하다.

특수관계가 없는 독립된 자간에 형성되었을 정상 거래규모를 산정하기 위한 유사한 상황을 찾기도 어려울 뿐 아니라 거래규모의 결정에는 거래가격의 결정과 비교하여 더 많은 변수가 존재하기 때문에 두 상황을 단순 비교하여 정상 거래규모를 결정하는 것은 매우 어렵다.

공정거래위원회 예규인 부당한 지원행위의 심사지침 III. 4. 나. 1.에서는 상당한 규모란 지원객체가 속한 시장의 구조와 특성, 지원행위 당시의 지원객체의 경제적 상황, 여타 경쟁사업자의 경쟁능력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다고 규정하고 있으나, 위 심사지침의 내용이 거래규모의 상당성을 판단하기 위한 구체적인 기준을 충분히 제시해 주고 있지는 아니하다.

규모성 지원행위에 있어서 정상 거래규모를 전제로 하지 아니하고 거래규모의 현저성 또는 상당성을 판단하기 위해서는 결국, 위 심사지침에서 제시한 고려요소와 함께 지원객체가 속한 시장에서 지원주체의 거래물량 중 지원객체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체의 거래물량 중 지원주체와의 거래가 차지하는 비중, 지원객체가 속한 시장에서 지원주체와 다른 업체 사이의 거래관계 및 지원객체와 다른 업체 사이의 거래관계, 지원주체와 지원객체 사이의 이전 거래관계, 지원행위가 문제된 거래기간 등을 종합적으로 고려하여야 할 것이다.

(다) 현저한 규모 내지 상당한 규모로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부에 대하여

- ① (상호명 2 생략) 가맹점주들이 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 개입된 사실을 문제 삼을 당시인 2011년부터 2013년까지 씨케이푸드의 연 매출액은 적게는 101억 원, 많게는 142억 원이고, 피고인 옴피그룹이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드에 피자치즈 및 체다치즈의 납품대금으로 지급한 금액은 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 총 1021억 원으로 대략 연간 약 100억 원 정도인 사실, 씨케이푸드의 경우 피고인 옴피그룹을 제외한 다른 업체와의 거래가 거의 없었던 사실, 장안유업의 경우에도 주요 판매처 중 피고인 옴피그룹과의 거래비중이 35%로 가장 큰 사실은 앞서 본 바와 같다.

이러한 사실은 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래 또는 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성을 인정함에 있어서 긍정적 요소로 평가할 수 있다.

- ② 검사는 당심 변론종결 직전에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서 지원객체가 속한 시장은 '(상호명 2 생략)에 대한 치즈 유통 시장'으로 획정할 수 있다고 주장한다.

그 근거로는 첫째, 기존에 매일유업에서 직접 치즈를 공급받았던 피고인 엠피그룹이 중간유통단계인 씨케이푸드, 장안유업을 거쳐 치즈를 공급받음으로 인해 거래단계가 추가되어 기존에는 존재하지 않았던 '치즈 유통 시장'이라는 별도의 시장이 형성되었다는 점, 둘째, 피고인 엠피그룹의 회장인 피고인 1이 동생인 피고인 2에게 끼워넣기를 통한 독점적 이익을 수취하게 하기 위한 목적으로 새로이 생성된 시장이기 때문에 그 거래상대방이 피고인 엠피그룹에 한정될 수밖에 없다는 점을 들고 있다.

그러나 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드를 피자치즈 거래단계에 추가하기 이전인 2001년까지는 매일유업이 생산한 피자치즈를 매일유업으로부터 직접 공급받았고, 2002년경부터 2005. 10.경까지 ♀♀♀의 치즈를 직거래로 공급받았으며, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 공급거래에 있어서 거래단계의 추가 문제가 제기된 이후인 2016. 11.경부터는 다시 매일유업으로부터 직접 공급받았다.

한편, 체다치즈의 경우 피고인 엠피그룹은 2004. 5. 이전에는 체다치즈를 매일유업으로부터 직접 구매하였다가 2005년 상반기부터 2007. 5.경까지는 ●●●●을 통해 공급받았고, 2007. 6.경부터 2008. 10.경 사이에는 ★★라는 업체를 통해 공급받았으며, 2008. 11.경부터 2010. 2.경 사이에는 ▲▲▲▲▲▲, ■■■■■■라는 업체로부터 공급받았다. 공정거래법 제2조 제8호 소정의 '일정한 거래분야'는 제조, 도매, 소매 등 거래의 단계별로도 획정될 수 있는데, 위와 같은 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로에 비추어 보면, 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체가 속한 시장은 치즈류가 제조업체로부터 또는 제조업체의 대리점을 거쳐 대규모 소매처에 공급되는 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당하다.

검사의 주장처럼 끼워넣기 거래가 있는 경우 기존에 존재하지 않던 지원객체만을 대상으로 한 별도의 시장이 새로이 형성되었다가 끼워넣기 거래가 종료되면 다시 그 시장이 소멸되는 것으로 보는 것은 지나치게 작위적일 뿐 아니라 거래의 객체별, 단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 범위를 일컫는 일정한 거래분야의 개념이나 관련시장의 획정 기준을 도외시한 것으로서 받아들이기 어렵다.

따라서 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드나 장안유업이 속한 시장은 대규모 소매처에 대한 치즈류 도매시장이라고 보는 것이 타당할 것이다.

- ③ 한편, 앞서 본 바와 같이, 매일유업이 생산하여 씨케이푸드, 장안유업에 납품하는 피자치즈와 동일한 성분의 피자치즈를 생산할 수 있는 유가공업체가 22개 업체에 이르는 점, 매일유업을 기준으로 보더라도 B2B 형태로 피자치즈의 납품이 이루어지는 업체가 상당수에 달하는 것으로 보이는바, 위 22개의 유가공업체들도 대규모 소매처를 대상으로 직접 또는 대리점을 통하여 피자치즈를 포함한 치즈류를 판매하는 것으로 보이는 점, 2016년을 기준으로, 국내 대용량 쉬레드 치즈시장의 전체 규모는 3,500억 원 정도이고, 그 중 피자치즈 시장이 2,618억 원 정도로 추정되는데, 이 사건 지원행위가 문제된 기간에도 국내 대용량 쉬레드 치즈시장이나 피자치즈 시장의 규모가 상당한 정도였을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 위에서 든 긍정적 요소들만으로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의, 그리고

피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 지원행위에 있어서 거래규모의 현저성 또는 상당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

④ 따라서 피고인 엠피그룹에 대한 피자치즈와 체다치즈의 공급으로 인하여 씨케이푸드와 장안유업이 과다한 경제상 이익을 얻었는지, 그리고 이 사건 지원행위의 부당성이 인정되는지에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이 사건 지원행위가 규모성 지원행위에 해당한다고 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 1이 피고인 2의 요청에 따라 씨케이푸드와 장안유업으로 하여금 피고인 엠피그룹의 치즈 구매과정에서 중간유통업체의 업무를 수행할 수 있도록 한 것이 부당하게 상품·용역을 현저한 규모로 거래함으로써 인하여 위 회사들에게 과다한 경제상 이익을 제공하여 위 회사들을 지원한 행위에 해당한다고 본 원심의 판단에는 법리오해의 위법이 있고, 이를 지적하는 피고인 1과 엠피그룹의 이 부분 주장은 이유 있다.

2) 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위의 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목 위반 여부와 관련한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 이 부분 공소사실의 요지

검사는 피고인 1의 피고인 엠피그룹을 통한 씨케이푸드 및 장안유업에 대한 2015. 2. 14. 이후의 각 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 금지하고 있는 "다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위"에도 해당한다는 취지로 피고인 1, 엠피그룹에 대하여 공소를 제기하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사실 및 사정, 즉 ① 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취하고 있었고, 각 공급업체로부터 최초 견적가를 제시받은 후 피고인 엠피그룹 측에서 나름대로 조사한 적정 가격을 바탕으로 공급업체들과 협상하여 최종 공급가를 정해 왔는데, 피고인 2는 피고인 엠피그룹 측이 원하는 단가에 피자치즈를 공급받을 수 있도록 매일유업에 대하여 납품가의 인하를 지속적으로 요청하여 왔었던 점, ② 매일유업 영업팀에서 근무하는 공소외 14는 원심 법정에서 매일유업 입장에서는 피고인 엠피그룹과의 거래 관계를 유지하기 위해 피고인 2가 요구하는 조건, 즉 피고인 엠피그룹이 원하는 가격에서 씨케이푸드 등이 취득할 이윤을 제한 단가를 최대한 맞춰주기 위하여 노력하였다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 29쪽), ③ 피고인 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15는 원심 법정에서 피고인 엠피그룹 구매팀의 입장에서는 대리점이 끼든 직거래를 하든 상관없이 시장 단가를 보고 치즈 공급가를 결정하기 때문에 대리점의 유무를 크게 신경 쓰지 않고 가격을 제시한다는 취지로 진술한 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 6쪽), ④ 피고인 엠피그룹이 2016. 11.경부터 매일유업 등과 직거래를 통한 피자치즈 구매방식을 도입한 후 일시적으로 피자치즈의 공급가격이 하락하였던 사실은 인정되나(증거기록 8513쪽), 위와 같은 공급가의 하락은 피고인 엠피그룹이 위 무렵 피자치즈의 원산지에 관하여 상대적으로 저렴한 가격의 독일 BMI 치즈의 비중을 높인 것으로 인한 것이어서(증가 제37, 38호증, 원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 12쪽) 위 하락은 직거래 구매방식과 무관한 것임이 인정되는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직

접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어려우며, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 이 부분 공소사실에 대하여 이유 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) 인정사실

- ① 피고인 2는 2005년경 평소 친분이 있던 공소외 16이 운영하는 주식회사 코리아알엠씨(이하 '코리아알엠씨'라고 한다)의 사무실 부지 내 공터에 씨케이푸드의 사무실 명목으로 그 비품이 책상 하나, 소파 하나, 전화기, 팩스가 전부인 컨테이너 한 개를 놓아두었을 뿐 직원이나 냉동시설, 창고, 화물차량 등 인적·물적 설비를 갖추지 않은 상태에서 세금계산서 작성 업무 또한 코리아알엠씨의 직원에게 맡기는 등으로 씨케이푸드를 형식적으로 운영해 왔다(원심 증인 피고인 2에 대한 증인신문 녹취서 25쪽, 증거기록 620쪽, 2272쪽). 그 후 피고인 엠피그룹이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 씨케이푸드가 피자치즈 공급단계에 추가된 것에 대한 항의를 받은 이후, 피자치즈 거래선을 장안유업으로 옮긴 2014. 1.경에도 마찬가지로 피고인 2는 공소외 12로부터 하남시 소재 장안유업 치즈연구소의 방 한 칸을 제공받아 사무실로 사용해 오면서 씨케이푸드의 세금계산서 작성 업무를 장안유업의 직원으로 하여금 수행하게 하였다(같은 녹취서 44쪽, 증거기록 1654쪽).
 - ② 장안유업의 대표이사인 공소외 12는 수사기관에서, 피고인 1이 동생인 피고인 2를 먹고 살게 해 주기 위해서 피자치즈 납품을 피고인 2에게 떼준 것이고, 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 매월 말 매일유업에서 결산자료를 보내주면 그대로 세금계산서를 발급받고 피고인 엠피그룹에 세금계산서를 발행하는 역할만을 하였다는 취지로 진술하였다(증거기록 1527쪽). 또한 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17도 수사기관에서, 피고인 엠피그룹으로는 매일유업이 피고인 엠피그룹과 직접 거래를 하면 구매가격을 더 낮출 수 있지만 피고인 2를 챙겨주려고 중간 거래선을 넣은 것 같다는 취지로 진술하였다(증거기록 3382쪽).
 - ③ 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹의 구매팀으로부터 매일유업 측에 직접 주문이 이루어졌고, 피자치즈 역시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업으로부터 피고인 엠피그룹의 물류창고인 굿타임으로 직접 입고되었으며, 입고된 물품에 대한 검수 역시 피고인 엠피그룹에 의하여 이루어졌다(증거기록 1505쪽, 1528쪽).
 - ④ 피고인 1은 피고인 2가 피자치즈에 관한 공급 안정, 클레임 처리, 반품 업무, 기타 시장정보 파악 등 협조업무를 수행하였다는 취지로 주장하나, 피고인 2가 그와 같은 역할을 수행하였다고 볼만한 객관적 자료가 없다.
- 한편, ▼▼▼▼의 대표이사인 공소외 13은 수사기관에서, 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품할 때는 20억 원 정도의 담보를 제공했고, 직원, 창고나 화물차 등 시설을 감안할 때 자신이 납품하던 서울우유 피자치즈와 피고인 2가 납품하던 매일유업 피자치즈가 같은 가격에 납품된다고 가정하면, 피고인 2는 치즈 납품에 들어가는 기본비용이 전혀 없기 때문에 자신이 훨씬 싸게 납품하는 것이라는 취지로 진술하였다.
- 또한 공소외 13은 (상호명 2 생략) 구매팀과 가격 동향 등 정보를 공유하고, 샘플테스트를 하면서 원산지 변경 등을 논의하며, (상호명 2 생략) 가맹점에 대한 피자치즈의 긴급 배송, 제품에 문제가 생겨 항의가 들어올 때 반품절차 처리 등의 업무를 수행하였다고 진술하였다.
- ⑤ 다만 피고인 2가 피자치즈 공급가격 결정에 있어서 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에서 공급단가를 비교적 적극적으로 조율해온 사정은 인정되나(증거기록 3384쪽, 원심 증인 공소외 17에 대한 증인신문 녹취서 12쪽, 원심 증인

공소외 14에 대한 증인신문 녹취서 10쪽, 원심 증인 공소외 18에 대한 증인신문 녹취서 13쪽), 이는 피고인 엠피그룹이 제시하는 단가를 기준으로 피고인 2 자신이 취득할 중간 유통이윤을 충분히 확보하기 위하여 자신이 매일유업으로부터 공급받는 가격을 가능한 한 낮추기 위한 행위에 불과하였고(증거기록 2274쪽), 피자치즈 공급과정에서 피고인 2의 존재로 인하여 피고인 엠피그룹이 특별히 이익을 얻은 것으로 보기는 어렵다.

- ⑥ 공소외 17도 수사기관에서, 서울우유가 피고인 엠피그룹과 그전부터 계속 거래해 왔기 때문에 매일유업도 서울우유 견적가를 따라가는 입장이었고, 피고인 2가 아니라 피고인 엠피그룹의 다른 직원이 가격협상을 하였다고 하더라도 매일유업이 내는 견적가가 빠르기 때문에 별반 가격이 달라지지 않았을 것 같다고 진술하였다.

한편, 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18은 원심 및 당심에서, 매일유업에서 결정되는 치즈 공급단가는 직거래 여부와 무관하고, 매일유업 자체적으로 원가 등을 고려해서 결정하는 단가가 있기 때문에 결국 중간유통업체에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통업체를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 증언하였다.

- ⑦ 피고인 엠피그룹은 2016. 11.경부터 매일유업과 서울우유 측으로부터 중간 유통업체가 개입되지 않은 직거래 형태로 피자치즈를 구매하기 시작하여 현재까지도 위 구매방식이 정상적으로 유지되고 있는바(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 11쪽), 이러한 사실에 비추어 보더라도 씨케이푸드 등 중간유통업체를 통하지 않은 직거래방식에 의하더라도 피고인 엠피그룹이 특별히 입게 되는 불이익은 존재하지 않는 것으로 보인다.

(2) 판단

(가) 관련 규정

공정거래법 제23조 제1항 제7호는 '부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위'를 불공정거래행위 중 하나로 규제하면서, 같은 호 나목에서 '다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 특수관계인이나 다른 회사를 매개로 거래하는 행위'를 규제대상으로 열거하고 있다.

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 10은 '법 제23조(불공정거래행위의 금지) 제1항 제7호 각 목 외의 부분에 따른 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위는 부당하게 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 과다한 경제상 이익을 제공함으로써 특수관계인 또는 다른 회사를 지원하는 행위로 한다.

'라고 규정하고, 그중 라. 부당한 거래단계 추가 등에는 '1) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 역할이 없거나 미미(微微)한 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하는 행위'와 '2) 다른 사업자와 직접 상품·용역을 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 특수관계인이나 다른 회사를 거래단계에 추가하거나 거쳐서 거래하면서 그 특수관계인이나 다른 회사에 거래상 역할에 비하여 과도한 대가를 지급하는 행위'를 포함하고 있다.

한편, 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 개정된 공정거래법 부칙 제1조는 "이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다"고, 제2조 제2항은 "이 법 시행 당시 계속중인 거래에 대해서는 이 법 시행일부터 1년간은 종전의 규정을 적용한

다"고 각 규정하고 있는바, 위 부칙에 따르면 신법상 개정된 부당지원행위 금지에 관한 규정은 위 각 지원행위에 대하여 2015. 2. 14.부터 적용된다.

(나) 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 해당되는지 여부

① 씨케이푸드 및 장안유업이 거래상 실질적인 역할이 있었다고 볼 수 있는지 여부

앞서 본 사실에 의하여 인정되는 다음의 사정들, 즉 피고인 2가 운영하던 씨케이푸드에는 매일유업의 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설이 제대로 구비되어 있지 않았던 점, 피고인 2는 씨케이푸드와 장안유업을 통해서 피고인 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였던 점, 그런데 피고인 2는 위 세금계산서 작성을 씨케이푸드의 사무실이 있던 코리아알앤씨의 직원이나 장안유업의 직원으로 하여금 처리하게 한 것으로 보이고, 매일유업과의 공급가격 조율은 자신이 취득할 유통이윤을 확보하기 위해 직접 수행하게 된 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹의 피자치즈 주문이나 배송은 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이에 직접 이루어졌고, 피자치즈의 검수도 피고인 엠피그룹이 직접 담당하였던 점, 씨케이푸드의 피고인 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품도 피고인 엠피그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 피고인 엠피그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 동 회사로 하여금 유통이윤 상당을 수취하도록 한 것으로 볼 수 있는 점 등을 종합하면, 씨케이푸드와 장안유업이 피고인 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래나 굿타임과 피고인 엠피그룹 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할을 수행하였다고 보기는 어렵다.

② 엠피그룹이 매일유업과 직접 거래하면 상당히 유리한 상황이었는지 여부

앞서 본 사실 및 관련 규정 등에 의하여 알 수 있는 다음의 사정들, 즉 검사는 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실과 관련하여 대가성 지원행위와 규모성 지원행위를 택일적으로 기소하고, 끼워넣기를 통한 지원행위를 중첩적으로 기소한 것으로 봄이 상당한 점, 끼워넣기를 통한 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 지원행위는 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목이 시행되는 시점인 2015. 2. 14.부터 씨케이푸드는 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 4.경까지, 장안유업은 공소사실 기재 범죄행위 종료 시점인 2016. 10.경까지의 지원행위만이 문제되는 점, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받았거나 굿타임으로부터 체다치즈를 공급받았더라면 씨케이푸드 또는 장안유업이 매일유업이나 굿타임으로부터 공급받았던 가격과 동일한 가격으로 피자치즈와 체다치즈를 납품받았을 것으로 보이는 점, 피고인 엠피그룹이 위 기간 동안 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣지 않고 매일유업과 직거래를 하였을 경우 얻게 될 이익은 합계 4억 5,000여만 원 이상이 되었을 것으로 보이는데, 피고인 엠피그룹은 씨케이푸드와 장안유업을 끼워 넣어 거래함으로써 동 회사들에게 위 금액 상당의 이익을 제공한 점, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 거래규모는 적게는 월 5,000만 원에서 많게는 월 2억 3,500만 원 정도였으나 씨케이푸드가 얻은 이익은 월 평균 32만 원 정도였고, 피고인 엠피그룹과 장안유업 사이의 거래규모도 적게는 월 2억 8,500만 원에서 많게는 월 5억 7,100만 원 정도였으나 장안유업이 얻은 이익은 월 평균 2,100만 원 정도였던 점, 피고인 엠피그룹의 매출규모, 영업이익 규모 등과 비교해 볼 때 씨케이푸드와 장안유업의 매출규모나 이익규모는 극히 근소한 점 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보기는 어렵다.

③ 끼워넣기를 통한 지원행위로 과다한 경제상 이익을 제공하였는지 여부

공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호는 끼워넣기를 통한 부당지원행위의 성립요건 중 하나로 지원주체가 지원객체에 대하여 지원행위를 통해 과다한 경제상 이익을 제공할 것을 요건으로 하고 있다.

비록 끼워넣기를 통한 지원행위에 관한 사례는 아니지만 과거 현저한 규모의 거래가 문제된 사건에서, 대법원은 "현저한 규모의 거래라 하여 바로 과다한 경제상 이익을 준 것이라고 할 수 없고 현저한 규모의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것인지 여부는 지원성 거래규모 및 급부와 반대급부의 차이, 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다고 판시한 바 있는데(대법원 2007. 1. 25. 선고 2004두7610 판결 참조), 공정거래법 시행령 제36조 관련 [별표 1의2] 제10호의 규정체계에 비추어 보면, 끼워넣기를 통한 지원행위에 있어서도 과다한 경제상 이익의 제공과 관련한 위 판단기준은 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당할 것이다.

앞서 본 판단과 달리, 가사 피고인 엠피그룹이 위 각 지원행위 당시 씨케이푸드와 장안유업을 거치지 않고 매일유업과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다고 보더라도 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래규모, 거래기간, 씨케이푸드 또는 장안유업이 취득한 이익의 액수 등에 비추어 보면, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업에 이 사건 피자치즈 및 체다치즈의 거래로 인하여 과다한 경제상 이익을 제공한 것으로 보기는 어렵다.

(3) 소결

따라서 피고인 엠피그룹이 매일유업과 직접 치즈를 거래하면 상당히 유리함에도 불구하고 거래상 실질적인 역할이 없는 씨케이푸드, 장안유업을 매개로 거래하여 부당지원행위를 하였다고 보기는 어렵다.

원심이, 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 등에 대한 각 지원행위 당시 씨케이푸드 등을 거치지 않고 매일유업 등과 직접 피자치즈 등을 거래하면 상당히 유리한 상황에 있었다는 사실을 인정하기 부족하고, 피자치즈 공급 거래상 피고인 2의 실질적 역할이 없었다고 보기도 어렵다고 본 판단은 이유 설시에 있어서 잘못이 있으나, 피고인 1, 엠피그룹의 2015. 2. 14. 이후 지원행위가 공정거래법 제23조 제1항 제7호 나목에 위반되지 않는다는 결론은 정당하다.

따라서 원심 판단에 법리오해의 위법이 있다는 검사의 주장은 받아들이지 않는다.

3) 대가성 지원행위의 성립 여부에 대한 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장에 대한 판단

가) 검사 및 피고인 1, 엠피그룹의 주장 내용

(1) 검사의 주장요지

지원주체인 피고인 엠피그룹과 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 거래에 있어서 특수관계자인 씨케이푸드 등은 불필요한 거래단계임에도 불구하고 부당하게 거래단계에 추가되었다는 것이 끼워넣기 형태를 취하는 이 사건 부당지원행위의 핵심이다.

만약 당해 거래에서 피고인 엠피그룹이 지원하고자 한 씨케이푸드 등이 존재하지 않았다면 피고인 엠피그룹은 중간유통단계를 거쳐 거래할 아무런 이유가 없고, 공급자인 매일유업으로부터 직접 피자치즈를 공급받는 거래형태를 선택하였을 것이다.

따라서 특수관계가 없는 독립된 자간에 이루어질 경우의 정상적인 거래의 모습인 직거래에서 형성되었을 직거래 가격이 정상가격이 될 것인바, 결국 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격

이 정상가격이라고 볼 수 있다.

그에 따라 씨케이푸드 또는 장안유업을 거쳐 피고인 엠피그룹에 공급되면서 위 정상가격에 추가된 유통이윤 상당 금액, 즉 씨케이푸드 또는 장안유업의 매출이익에 해당하는 금액만큼이 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드 또는 장안유업에 대한 부당지원금액이 된다.

(2) 피고인 1과 엠피그룹의 주장요지

피고인 1과 엠피그룹은, 검사가 기소한 지원행위가 대가성 지원행위에 해당한다고 하기 위해서는, 먼저 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 거래 분야 내지 시장을 획정한 다음, 그 시장에서 가격이 어떻게 결정되는지, 결과적으로 피고인 엠피그룹이 씨케이푸드 또는 장안유업으로부터 공급받은 가격이 정상가격보다 높은 것인지 여부가 입증되어야 한다고 주장한다.

나) 관련 법리 및 관련 규정

구 공정거래법 제23조 제1항 제7호에 정해진 '현저히 유리한 조건의 거래'의 한 유형인 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가'의 거래라고 함은, 당해 거래에서의 급부와 반대급부 사이의 차이가 '정상가격'에 의한 거래에 비하여 현저히 낮거나 높은 거래를 말하고, 여기서 정상가격이라 함은 당해 거래 당사자들 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간 등이 동일 또는 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우에 형성되었을 거래가격 등을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결, 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4255 판결 등 참조). 한편, 정상가격이 이와 같이 부당한 지원행위에 해당하는지 여부의 판단요소가 되어 부당한 지원행위에 따른 시정명령이나 과징금부과 등 제재적 행정처분과 형사처벌의 근거가 된다는 점이나 공정거래법이 부당한 지원행위를 금지하는 취지 등을 고려할 때, 피고가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 단순히 제반 상황을 사후적, 회고적인 시각에서 판단하여 거래 당시에 기대할 수 있었던 최선의 가격이나 당해 거래가격보다 더 나은 가격으로 거래할 수도 있었을 것이라 하여 가벼이 이를 기준으로 정상가격을 추단하여서는 아니 되고, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다.

그리고 정상가격이 이와 같은 과정을 거쳐 합리적으로 산출되었음을 전제로 '현저히 유리한 조건으로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'라는 점에 대한 증명책임은 어디까지나 시정명령 등 처분의 적법성을 주장하는 피고에게 있다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호 소정의 '현저히 유리한 조건의 거래'라는 문구는 2013. 8. 13. 법률 개정으로 현행 공정거래법 제23조 제1항 제7호 가목에서는 '상당히 유리한 조건의 거래'로 변경되었다.

그리고 구 공정거래법 시행령 제36조 제1항 [별표 1의2] 제10호 나목의 '부당한 자산·상품 등 지원' 행위에서 '현저히 낮거나 높은 대가의 거래'라는 문구는 2014. 2. 11. 대통령령 개정으로 '상당히 낮거나 높은 대가의 거래'로 변경되었다.

다) 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부

(1) 정상가격의 산정에 있어서 거래대상의 구분필요성

검사는, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하면서, 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드와 장안유업에 공급하였던 가격이 정상가격이라고 주장한다. 앞서 본 바와 같이, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 지원객체인 씨케이푸드 또는 장안유업이 속한 시장은 대규모 수요처에 대한 치즈류 도매시장이라고 볼 수 있을 것인바, 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 가격이나 사용용도, 효용, 구매자들이나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식 등에 있어서 차이가 있을 뿐 아니라 피고인 엠피그룹의 피자치즈와 체다치즈의 구매경로도 차이가 있어서 정상가격의 산정은 피자치즈와 체다치즈를 나누어 살펴보는 것이 타당하다.

(2) 이 사건 피자치즈의 정상가격

(가) 피고인 엠피그룹은 피자치즈를 구매함에 있어서 안정적 공급물량의 확보 등을 위해 복수의 거래처를 유지하는 정책을 취해온 사실, 그에 따라 피고인 엠피그룹은 이 사건 지원행위가 문제된 기간인 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 씨케이푸드 또는 장안유업을 통하여 매일유업의 피자치즈를 공급받을 당시 서울우유의 대리점인 ●●●● 또는 ▼▼▼▼을 통해 서울우유의 피자치즈도 공급받은 사실, 피고인 엠피그룹이 매일유업으로부터 공급받은 피자치즈와 서울우유로부터 공급받은 피자치즈는 그 구성성분이 동일하게 이루어져 있었던 사실, 매일유업이 씨케이푸드, 장안유업에 납품한 피자치즈의 납품단가와 서울우유가 ▼▼▼▼에 납품한 피자치즈의 납품단가는 같은 시기라도 서로 상이했고, 씨케이푸드, 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격과 ●●●●, ▼▼▼▼이 피고인 엠피그룹에 납품한 피자치즈의 공급가격도 차이가 있었던 사실은 앞서 본 바와 같다.

(나) 한편, 씨케이푸드는 세금계산서 발급업무를 수행하는 매일유업의 형식적인 대리점이었고, 장안유업도 피고인 2의 부탁에 따라 피자치즈를 매일유업으로부터 공급받아 피고인 엠피그룹에 납품하는 데 있어서 중간거래선으로서 세금계산서 발급 정도의 업무만 담당하였으며, 그 과정에서 씨케이푸드의 피고인 2는 자신의 유통이윤을 확보하기 위해 매일유업과 가격 조율 정도의 업무만 수행하였다.

이에 반하여 ▼▼▼▼은 직원, 창고나 화물차 등 시설을 갖추고 피자치즈의 공급과 관련하여 피고인 엠피그룹의 구매팀과 가격 등 정보공유, 긴급 배송, 반품처리 등의 업무를 수행하는 서울우유의 실질적인 대리점으로서의 역할을 수행한 것으로 보인다.

(다) 앞서 본 대법원판결의 법리를 토대로 씨케이푸드 또는 장안유업이 피고인 엠피그룹에 납품한 이 사건 피자치즈 거래(이하 '당해 거래'라고 한다)에 있어서 정상가격을 살펴보면, 피고인 엠피그룹이 당해 거래와 동일한 시기에, 동일한 성분과 품질의 피자치즈를 ●●●● 또는 ▼▼▼▼으로부터도 공급받음으로써 당해 거래와 유사한 거래 사례가 존재하는 이상, 검사가 주장하는 바와 같이 매일유업이 씨케이푸드 또는 장안유업에 납품한 가격을 당해 거래의 정상가격이라고 보기는 어렵다.

오히려 당해 거래와 유사한 거래 사례라고 할 수 있는 피고인 엠피그룹과 ●●●● 또는 ▼▼▼▼ 사이의 피자치즈 거래를 토대로, 당해 거래와 유사한 거래 사례 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 그 차이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 산정함이 상당할 것이다.

당해 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업은 매일유업의 형식적인 대리점의 역할을 수행하였고, 당해 거래와 유사한 거래 사례에서 ●●●● 또는 ▼▼▼▼은 실질적 대리점으로서 역할을 수행하였다는 점에서 양자는 본질

적으로 차이가 있는바, 이러한 사정은 납품가격에도 영향을 미칠 수밖에 없었을 것으로 보인다.

유사한 거래 사례를 당해 거래와 동일한 조건에서 비교하기 위해서는 결국, 형식적인 대리점의 경우 불필요한 거래 단계가 추가된 것이어서 유사한 거래 사례에 있어서도 직거래방식의 공급이 가능한지, 서울우유의 경우 중간거래단계를 제외한 직거래가격이 얼마인지를 살펴봄으로써 정상가격을 추단하는 방식을 고려해 볼 수 있을 것이다.

(라) 당해 거래와 유사한 거래 사례가 있는 경우 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴서 그 차이가 있는 경우 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 입증하고, 이를 토대로 당해 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서는 검사가 그 증명책임을 부담한다고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검사가 당해 거래의 정상가격이 피자치즈의 공급사인 매일유업에서 씨케이푸드 또는 장안유업에 공급하였던 가격임을 전제로 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 거래가 대가성 지원행위에 해당한다고 주장하는 것은 대가성 지원행위에 있어서 그 판단의 전제가 되는 정상가격에 대한 증명책임을 다하지 못한 것이어서 받아들이기 어렵다.

(3) 이 사건 체다치즈의 정상가격

(가) 피고인 2는 2010년 초경 피자치즈 가격의 상승으로 씨케이푸드의 유통이윤이 줄어들자 공소외 3을 통해 피고인 1의 승낙을 받고 피고인 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 유통과정에 씨케이푸드를 넣어 유통이윤을 수취하게 된 점, 2012. 4.경부터 2016. 4.경까지는 굿타임이 수입한 체다치즈 블록을 씨케이푸드에 공급한 후, 씨케이푸드가 ◆◆◆◆◆의 임가공을 거쳐 피고인 엠피그룹에 납품하는 형태를 취하였으나 씨케이푸드가 실질적으로 어떠한 역할을 수행한 것은 아니고, 서류상으로만 흐름을 변경한 것인 점, 피고인 엠피그룹이 납품받은 체다치즈가 다른 유가공업체에서 대규모 수요처에 납품하는 범용 체다치즈와 구별되는 특화된 체다치즈인지에 대해서는 아무런 증거가 없는 점, 매일유업의 경우 B2B 형태로 피자치즈나 다른 유제품을 공급하는 거래상대방 중 후속 판매를 염두에 두지 않고 종국적인 소비가 이루어지는 거래처가 2018. 12. 말 기준으로 138개나 이르는바, 대규모 수요처에 직접 또는 대리점을 통하여 체다치즈를 공급하는 다른 유가공업체들도 다수일 것으로 보이는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.

(나) 검사는 당심에 제출한 의견서에서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 거래에 있어서의 정상가격에 관해서만 주장할 뿐, 피자치즈와 구매경로에 있어서 차이가 있는 체다치즈에 대해서는 별도로 정상가격에 대하여 언급하지 않고 있다.

그러나 검사가 2019. 6. 21. 공소장변경을 하면서 제출한 별지 범죄일람표 1-(2)에서 피고인 엠피그룹의 씨케이푸드에 대한 지급금액에는 피자치즈에 대한 납품대금 외에 체다치즈에 대한 납품대금도 포함되어 있다.

그런데 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 이 사건 지원행위에 있어서 거래대상인 피자치즈와 체다치즈는 그 가격이나 사용용도, 효용, 구매자나 판매자들의 대체가능성에 대한 인식, 구매경로 등에 있어서 차이가 있으므로, 체다치즈의 경우 피자치즈의 정상가격의 산정방식을 그대로 적용할 수는 없을 것이다.

(다) 검사로서는 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래의 경우에도 당해 체다치즈와 동일하거나 비슷한 품질의 체다치즈를 대규모 수요처에 납품하고 있는 다른 유가공업체들이나 그 유가공업체들의 대리점의 유사한 거래 사례들에 대하여 충분히 조사하여 거래조건 등의 차이가 존재하는 경우 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 도출한 뒤, 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 사이의 체다치즈 거래가 '현저히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위' 또는 '상당히 높거나 낮은 대가로 거래하여 과다한 경제상 이익을 제공한 행위'에 해당한다는 점에 대해서 증명책임을 부담한다고 할 것임에도 이에 관하여는 아무런 주장, 입증이 없다.

라) 소결

따라서 피고인 엠피그룹과 씨케이푸드 또는 장안유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래가 대가성 지원행위에 해당하는지 여부에 대해 그 판단의 전제가 되는 피자치즈 및 체다치즈의 각 정상가격에 대하여 아무런 증거가 없는 이상, 대가성 지원행위에 관한 나머지 성립요건에 관하여는 더 나아가 판단할 필요 없이 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다.

피고인 1의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 특정경제범죄법위반(횡령)'의 점과 관련한 사실오인 주장에 대하여

가) 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 7에게 공소외 5를 엠피그룹의 직원으로 등재하여 급여를 지급하라고 지시하는 방법으로 엠피그룹의 법인자금 합계 38,977,940원을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 공소외 6은 원심 법정에서 '2015. 12. 14. 공소외 5의 직원 등재 문제에 관하여 엠피그룹의 공소외 7 상무에게 지시하였다는 피고인의 답장을 받고 공소외 7에게 공소외 5의 비자 신청을 위해선 직원으로 올려야 하며 통장에 월급 입금 내역이 필요하다고 이야기하였다.

'라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 6에 대한 증인신문 녹취서 9쪽). 피고인은 2015. 12. 17. 카카오톡 메시지를 통하여 공소외 6에게 위 공소외 5와 관련된 사항이 어떻게 되었는지 물었고 공소외 6은 공소외 7과 소통 중이라는 답변을 하였는데, 1시간 뒤 피고인은 공소외 6에게 공소외 5의 이력서가 필요하고, 공소외 7에게 공소외 5의 직원 등재 업무를 서두를 것을 지시하였다고 말하였다(증거기록 4885쪽).

- ② 엠피그룹의 인사팀 부장으로서 공소외 7의 지시에 따라 공소외 5의 엠피그룹 입사 처리를 하였던 공소외 19는 원심 법정에서 '공소외 7 상무가 공소외 5의 급여 수준을 210만 원 정도로 할 것을 지시하였다.

공소외 5가 실제로 근무하였는지는 확인하지 않았는데, 근로계약 체결 후에는 소속 매장에서 특별히 퇴사의 신호가 없으면 근무를 했다고 간주하고 급여를 지급하는 방식이기 때문이다.

’라는 취지로 진술하였다(원심 증인 공소외 19에 대한 증인신문 녹취서 12쪽).

③ 공소외 5는 원심 법정에서, 공소외 6이 자신에게 회사에 직원으로 등록하면 월급이 통장으로 나올 것이라고 하면서 그것이 자신의 월급이라고 함에 따라 공소외 6에게 자신의 이력서와 통장을 주었다고 증언하였다(원심 증인 공소외 5에 대한 증인신문 녹취서 3쪽). 한편 피고인은 공소외 7에게 공소외 5의 채용을 지시하면서도 공소외 5에게 급여를 주어서는 안 된다고 말한 적은 없었던 것으로 보인다(증거기록 6383쪽). 공소외 5는 엠피그룹의 직원으로 등재된 후 2016. 1.경부터 2017. 5.경까지 총 38,977,940원의 급여를 지급받았는데(증거기록 4894쪽), 공소외 5에게 지급된 금액의 액수와 그 지급 기간에 비추어 피고인의 지시 내지 묵인이 없었다면, 공소외 5에게 가공급여가 지급될 수가 없었을 것으로 보인다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급으로 인한 업무상횡령의 점에 대한 판단

피고인은 원심에서도 이 부분 항소이유와 같은 취지의 주장을 하였고, 원심은 그 판결문에 피고인의 위 주장과 그에 관한 판단을 자세히 실시하여 위 주장을 배척하였다.

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 피고인은 공소외 8에 대한 가공급여 및 차량리스로 지급의 방법을 통하여 업무상 보관 중인 굿타임의 법인자금을 횡령한 사실을 충분히 인정할 수 있으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 피고인이 주장하는 바와 같이 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다고 할 수 없다.

따라서 피고인의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 굿타임은 피고인이 운영하여 왔던 엠피그룹과는 별개의 법인이지만 엠피그룹의 물류센터로서의 역할을 하고 있고, 피고인은 굿타임의 설립자금 대부분을 부담하였으며, 주식 역시 85%를 보유하다가 피고인의 아들인 공소외 10과 그 자녀들에게 증여한 바 있다.

한편, 피고인은 수사기관에서 ‘물류회사인 굿타임의 경우 저희 엠피그룹과 관련한 물류만 처리하기 때문에 운영에 있어서 특별히 지시하거나 보고할 사항이 없었고, 굿타임의 관리는 피고인으로부터 관리를 위탁받은 공소외 3이 하고 있지만 회사 운영의 실질적인 권한은 피고인에게 있다.

’라는 취지로 진술하였다(증거기록 5782쪽).

② 굿타임이 공소외 10의 장모인 공소외 8에게 급여 및 공소외 8이 사용한 차량에 대한 리스료를 지급한 것과 관련하여, 공소외 10은 수사기관에서 ‘제가 사위로서 장인어른이 일을 그만두시고, 장모님의 한복점이 장사가 잘 안돼서 도와드리고 싶은 마음에 굿타임 대표이사인 공소외 3에게 부탁해 저희 장모님에게 월급을 드리도록 했습니다.

’(증거기록 4729쪽), ‘제가 직접 피고인에게 공소외 8의 직원 등재에 관하여 보고한 바 없지만 어떤 경로로든 피고인이 이를 알게 될 것이라고 생각하였습니다.

’라고 진술하였다(증거기록 4730쪽).

2) 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 주장에 대한 판단

가) 이 부분 공소사실의 요지

엠피그룹은 가맹점을 운영함에 있어서, 각 (상호명 2 생략) 가맹점에 공급하는 피자 도우의 월별 수량에 일정 단가를 적용하여 매월 로열티를 각 가맹점으로부터 교부받고, 가맹점의 요구가 있을 경우 엠피그룹 소속 직원을 해당 가맹점

에 파견하여 근무하게 하고 엠피그룹에서 먼저 파견 직원에게 급여를 지급한 후 해당 금액에 부가가치세를 가산한 금액을 파견 가맹점으로부터 교부받음으로써 위 로열티와 직원 파견의 대가로 수령한 금원을 위 회사의 매출로 계상하게 된다.

한편, 피고인은 1998년경 IMF 경제위기로 (상호명 2 생략)이 부도 위기에 처하자, 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)▽▽점, ☆☆점, ◇◇점, □□점을 피고인, 공소외 21(피고인의 처)과 공소외 7(피고인의 조카), 공소외 22 등의 명의를 빌려 저가에 매수하는 등 가맹점으로 전환하는 방법으로 (상호명 2 생략)의 자산을 빼돌렸고, 피고인의 조카 공소외 23의 명의를 빌려 ▷▷점을 개설하였다.

그런데 피고인은 위와 같이 피고인을 비롯한 피고인의 배우자 등 특수관계인 명의로 가맹점 사업자등록(이하 '이 사건 관리매장'이라고 한다)을 하여 운영하면서 위와 같이 각 가맹점으로부터 수령할 로열티와 직원 파견급여 중 4대 보험 급여 등의 청구를 하지 않고 이 사건 관리매장에 그 지급을 면제해 줌으로써 이 사건 관리매장의 영업이익을 늘리기로 마음먹었다.

(1) 로열티 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 피고인이 공소외 22 명의로 사업자 등록하여 운영하는 (상호명 2 생략)☆☆점에 피자 도우 115개를 출고한 것을 비롯하여 2007. 12. 말경까지 총 1,441개의 피자 도우를 출고함으로써 2007. 1.부터 2007. 12.까지 합계 41,789,000원의 로열티를 청구·수령하여야 함에도 그 임무에 위배하여 이를 청구하지 않고 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 14 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 로열티 합계 767,079,000원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(2) 파견 직원 급여 미수령

피고인은 2007. 1.경 위 엠피그룹 사무실에서, 엠피그룹에서 이 사건 관리매장인 (상호명 2 생략)☆☆점에 파견 근무한 공소외 24의 급여를 엠피그룹에서 선지급하였으므로 이를 위 가맹점에 청구하여야 함에도 그 임무에 위배하여 국민연금 등 580,533원의 지급 청구를 하지 않고 지급을 면제하는 등 2007. 1.경부터 2007. 12.경까지 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 172,684,309원을 청구하지 않고 그 지급을 면제하여 주었다.

피고인은 이를 비롯하여 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 별지 범죄일람표 15 기재와 같이 5개의 이 사건 관리매장에 대한 파견 직원 급여 합계 1,400,541,056원의 지급을 면제해 줌으로써 재산상 이익을 취득하고, 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

(3) 소결

이로써 피고인은 엠피그룹의 업무총괄자로서의 임무에 위배하여 합계 2,167,620,056원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해회사 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하면, 이 사건 관리매장이 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견 받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하여 이로 인해 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용이 발생하였을 것이 예상되는 점은 인정된다고 판시하면서, 그러나 마찬가지로 인정되는 다음의 각 사정들, 즉 ① 피고인은 점주로서 하여야 할 모든 업무를 엠피그룹의 직원들로 하여금 수행하게 하였는바, 이와 같은 관리방식 자체로 유·무형의 경제적 이익을 얻은 점, ② 이 사건 관리매장에 필요 최소한의 인원수를 넘는 수의 직원이 파견되어 근무하였다고 하더라도 그와 같은 점만으로 위 초과인원들이 매장에서 실제로 근무한 이상 위 사람들의 인건비가 불필요한 비용에 해당하여 피고인이 이로 인해 손해를 입었다고 단정할 수 없는 점, ③ 엠피그룹의 재경본부장으로 근무한 공소외 25와 인사팀 차장으로 근무한 공소외 19는 관례에 따라 로열티 및 파견 직원의 4대 보험료 등을 청구하지 않았다고 진술하였는바, 엠피그룹 내부에서 피고인이 이 사건 관리매장이 수행한 위 역할들로 인한 구체적 손해 규모를 파악·비교하여 그 타당성을 검토한 후 로열티 등을 면제하였다거나 정기적으로 그 면제의 적정성을 파악하였다고 볼 수 없는 점, ④ 이 사건 관리매장에 대한 영업권의 가치가 상승한 것에는 피고인을 대신하여 매장을 관리·운영한 엠피그룹 직원들의 기여 또한 포함되어 있다고 보여 피고인이 이 사건 관리매장의 운영 방식으로 인하여 경제적 손해를 입었다고 단정하기 어려운 점, ⑤ 엠피그룹이 타 가맹점에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 준 사례는 그 면제 사유 및 면제 기간 등에 비추어 엠피그룹의 사주가 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 장기간 전면적으로 로열티 등의 청구를 면제해 준 것과 동일한 차원에서 비교하기 어려운 점, ⑥ 피고인은 1998년 경 IMF 사태로 엠피그룹이 경영상 위기에 처하자 생계를 위한 목적으로 엠피그룹이 보유하였던 위 매장들을 차명으로 취득하게 되었는바, 피고인으로서 위 매장들을 통한 수익의 극대화를 위하여 회사로 하여금 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제하도록 할 동기가 충분해 보이는 점, ⑦ 2013년경 있었던 엠피그룹에 관한 세무조사 절차에서 정당한 사유 없이 로열티 및 파견 직원 4대 보험료 등의 청구를 면제해 주었다는 내용의 피고인 명의 확인서가 작성된 점 등을 종합하면, 피고인은 엠피그룹 회장으로서는 정당한 사유 없이 위 회사에 손해를 끼치지 말아야 하는 등의 업무상 임무에 위배하여 로열티 등의 면제액 상당의 재산상 이익을 취득하고 엠피그룹에 동액 상당의 재산상 손해를 가하였음이 인정된다고 보아, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 엠피그룹이 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 및 파견 직원 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 준 것은 다른 가맹점에 인력 공백이 생길 경우를 대비하여 매장 운영에 통상적으로 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 일정 기간 엠피그룹 본사로부터 파견받아 보유하거나 신규매장 가맹점주 및 직원 등에 대한 실습매장으로 사용되는 등으로 이 사건 관리매장이 엠피그룹 본사 또는 본사가 운영하는 직영점의 역할을 일부 나누어 수행하며 입게 되는 손실을 보상하는 차원에서 이루어진 것으로 보이는데, 결국 검사가 제출한 증거들만

으로는 피고인이 앰피그룹 회장으로서의 임무에 위배하여 정당한 사유 없이 앰피그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 대하여 로열티 등의 청구를 면제해 주었음을 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실을 유죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

- ① 피고인은 IMF 사태로 인한 부도 위기를 타개하기 위해 1999년경부터 앰피그룹이 직영점으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 본인이나 지인 명의로 인수하였고, 2010. 2. 1.경 피고인의 조카인 공소외 23의 명의로 (상호명 2 생략)▷▷점에 대해 가맹계약을 체결하고 이를 운영하였다.

그런데 이 사건 관리매장은 피고인이 이를 인수한 이후에도 계속하여 앰피그룹 본사 영업부 직원들이 직접 관리하면서 아래 ②항에서 보는 바와 같이 다른 가맹점에 직원을 파견하고 신규매장 가맹점주 및 직원들을 위한 실습매장으로 사용되는 등 마치 (상호명 2 생략)의 직영점처럼 운영되었다(원심 증인 공소외 26에 대한 증인신문 녹취서 2쪽). 이는 앰피그룹이 가맹점주들과 체결한 가맹계약에는 신규매장 가맹점주의 점포에 필요한 직원(3명 이상)을 파견받아 매장실습을 포함해 최소 30일 이상의 교육훈련을 제공하고, 신규 가맹점의 초기 영업 관리를 위해 일정 기간 무상으로 본사 직원을 파견하며, 가맹점 운영 중 발생하는 인력 공백을 직원 파견을 통해 지원해야 할 계약상 의무가 있었음에도(증가 제82호증) 이러한 가맹점 지원 업무를 수행하기 위해 필요한 (상호명 2 생략) 직영점의 수가 매년 증가하는 가맹점의 수에 비하여 다년간 매우 부족하였던 까닭에(증가 제116호증), 피고인이 보유한 이 사건 관리매장에서 위와 같은 (상호명 2 생략) 직영점의 역할을 분담할 수밖에 없었기 때문으로 보인다.

결국 앰피그룹이 이 사건 관리매장을 직접 관리한 것은 앰피그룹의 사주인 피고인의 이익을 위한 것으로 볼 수 있는 측면도 일부 있기는 하나, 그보다는 상당 부분 앰피그룹의 필요에 따른 조치였던 것으로 보인다.

- ② 이 사건 관리매장 중 하나인 (상호명 2 생략)□□점에는 2007. 1.부터 직영점으로 전환된 2011. 10. 1. 이전까지 잉여 인력으로 매달 앰피그룹 본사 직원 5~8명이 소속되어 근무하였는데, 그중 사원 공소외 27이 2007. 9. 20. 일반 가맹점인 ◀◀◀◀점에 영업 지원(확장 이전)을 위해 10일 동안 파견되었고 위 공소외 27과 사원 공소외 28이 2008. 12. 11. ▶▶▶▶점에 영업 지원(신규개점)을 위해 각각 10일간, 30일간 파견되는 등 □□점에 소속된 직원 1~2명이 주기적으로 다른 가맹점에 파견되어 영업 지원업무를 수행하였던 것으로 보이며, 이는 나머지 관리매장인 ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점에서도 마찬가지였다(증가 제66, 69호증). 한편, 앰피그룹은 신규매장 가맹점주들을 대상으로 한 총 4주 동안의 교육훈련에서 이론교육 외에도 가맹점주들을 □□점, ◇◇점, ▽▽점 등에 실제로 배치하여 3주 동안의 실습교육을 시행하였고(증가 제71호증), 신규직원을 채용하면서 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▷▷점 등에 파견하여 6개월 동안의 업무 수습을 진행하였다(증가 제79호증). 이 사건 관리매장이 위와 같은 역할을 하게 됨에 따라 이 사건 관리매장은 직원 파견에 대비하여 매장 운영에 요구되는 최소 인원수를 넘는 수의 직원을 앰피그룹 본사로 부터 파견받아 보유하고 신규매장 가맹점주 및 직원들의 실습교육을 위해 영업외비용을 지출하는 등 일반 가맹점들과 비교할 때 통상적인 수준 이상의 매장 운영비용을 지출하였을 것으로 보인다.
- ③ 또한 앰피그룹 본사에서 채용하여 이 사건 관리매장에 파견한 직원들의 경우 (상호명 2 생략) 가맹점들이 채용하는 직원보다 급여가 높아서 이 사건 관리매장의 경우 본사에서 파견받은 직원들에 대하여 일반 가맹점들과 비교하여 더 높은 인건비를 부담해야 했다.

④ 엠피그룹은 2006년경 이 사건 관리매장에 대하여 위와 같은 역할 수행에 대한 보상 차원에서 로열티를 면제해 주는 안을 최종 승인하였고(증가 제67호증의 1~4), 2007년부터는 이 사건 관리매장에 소속되어 근무하는 엠피그룹 본사 직원들에 대한 기본급여만을 청구하고 4대 보험료, 상여금, 퇴직급여충당금의 청구를 면제해 주는 조치를 취하였다. 한편, 엠피그룹이 위와 같은 면제 조치를 취하면서 이 사건 관리매장의 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보인다(원심 증인 공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 5쪽, 증거기록 4625쪽). 그러나 다음과 같은 사정, 즉 ㉠ 이 사건 관리매장의 위와 같은 역할 수행에 따른 비용 중에는 필요 이상의 직원 보유 및 각종 수습 교육에 따른 영업 비효율 등 계량화하기 어려운 사항도 있는 것으로 보이는 점, ㉡ 이 사건 관리매장이 직영점으로 전환된 2012년 이후 각 매장의 영업이익이 대폭 줄어든 점에 비추어(증거기록 7705쪽) 직원 파견 및 인력양성 등의 역할 수행에 따른 비용은 통상적인 영업에 지장을 초래할 정도의 수준이었을 것으로 보이는 점, ㉢ 이 사건 관리매장과 마찬가지로 현장실습 공간을 제공하고 로열티를 면제받은 (상호명 2 생략)♠♠점의 경우에도 그 역할 수행에 따른 구체적 손해 규모를 파악·비교하지는 않은 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 손해 규모를 구체적으로 파악하지 않았다는 점만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 부당하다고 볼 수는 없다.

⑤ 엠피그룹은 2013. 1. 31.경 엠피그룹에 관한 세무조사 과정에서 "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 정당한 사유 없이 이 사건 관리매장으로부터 파견료를 미청구하거나 4대 보험료 청구 등을 파견료 청구시 제외하여 청구한 사실이 있다.

", "엠피그룹은 2007. 1.경부터 2011. 12.경까지 이 사건 관리매장으로부터 징수하여야 하는 로열티를 정당한 사유 없이 면제해 주었다.

"는 내용의 확인서를 엠피그룹 대표이사 피고인 명의로 작성하여 직인을 날인해 세무공무원에게 제출한 사실이 있다(증거기록 2484, 2487쪽). 그러나 이는 세무조사가 마무리되는 시점에서 세무조사가 연장 내지 확대되는 것을 막기 위한 차원에서 엠피그룹의 회장인 피고인의 지시에 의해 작성된 것인바(공소외 25에 대한 증인신문 녹취서 3쪽), 위와 같은 확인서의 작성 사실만으로 이 사건 관리매장에 대한 로열티 등의 면제 조치가 정당한 사유 없이 이루어진 것으로 단정하기는 어렵다.

라. 피고인 엠피그룹의 사실오인 내지 법리오해 주장에 대한 판단

1) 이 부분 공소사실의 요지

가) 피고인 1은 2005. 10.경 (상호명 2 생략)이 매일유업으로부터 치즈를 납품받음에 있어서 자신의 동생인 피고인 2를 그 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 위 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받아 부당 지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2005. 10. 21. 직원도 없고, 물품 운반 차량, 냉장시설을 비롯한 보관 창고 등 일체의 물적 기반이 없어 실체가 전혀 없는 씨케이푸드를 배우자인 공소외 29의 명의로 설립한 후, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 치즈를 직접 납품한 후 피고인이 치즈를 검수하여 씨케이푸드는 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→씨케이푸드→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 씨케이푸드를 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 피자치즈, 체다치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 씨케이푸드를 추가하여 124회에 걸쳐 합계 102,129,337,860원 상당의 치즈를 공급하면서 씨케이푸드와 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 4,711,357,497원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

나) 피고인 1은 전항과 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 피고인의 자금을 빼돌려 피고인 2를 부당지원하여 오던 중 회사 대표의 친인척 등 특수관계인을 이용한 불공정거래행위에 대해 가맹점주들이 항의하고 사회적 비판도 제기되자 이와 같은 사실이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 종전과 동일한 방법으로 치즈를 거래하고 유통이윤 상당의 금원을 부당지원하기로 마음먹었다.

피고인 2는 2014. 1.경 엠피그룹에 스트링치즈를 납품하여 평소 알고 지내던 장안유업 대표이사 공소외 12에게 "현재 매일유업에서 엠피그룹으로 치즈를 납품하고 있는데, 그 중간에 형식적으로 장안유업을 끼워 넣자. 그러니까 장안유업 명의로 매일유업에서 피자치즈를 납품받은 후 다시 피고인에게 피자치즈를 납품하는 것처럼 관련 서류를 꾸미고 세금계산서를 발행하여 주면, 유통이윤 명목으로 얻게 되는 돈을 나누어 주겠다.

현재 장안유업이 피고인에게 스트링치즈를 납품하고 있으니 피자치즈를 함께 섞어서 납품하면 드러나지 않을 것이다"라는 취지로 이야기하였고, 피고인 회사 회장의 동생인 피고인 2의 요구를 거절할 경우 피고인에 대한 납품이 중단될 것을 우려한 공소외 12는 이를 승낙하였다.

이에 따라 피고인 1은 피고인 2로 하여금 피고인에 납품하는 피자치즈를 종전과 동일한 방식으로 납품하되 명의만 장안유업으로 변경하도록 하고, 피고인 1과 피고인 2는 사실은 피고인이 매일유업에 치즈를 직접 주문하고, 매일유업은 피고인에게 직접 납품한 후, 피고인이 치즈를 검수하여 장안유업은 유통단계에서 아무런 역할을 하지 않음에도 불구하고 마치 '매일유업→장안유업→피고인' 순으로 치즈 납품계약이 순차 체결된 것처럼 가장하여 세금계산서를 발행하고 매일유업에서 장안유업을 거쳐 순차적으로 치즈가 피고인에 납품되는 것처럼 관련 서류를 조작하였다.

이에 따라 피고인 1은 매일유업 등으로부터 직접 치즈 등을 공급받을 수 있음에도 불구하고, 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 피자치즈 등을 공급받는 유통단계에 거래상 아무런 역할을 하지 않는 장안유업을 추가하여 34회에 걸쳐 합계 17,763,788,850원 상당의 치즈를 공급하면서 장안유업과 피고인 2로 하여금 유통이윤 합계 907,554,950원을 취득하게 하여 특수관계인 또는 다른 회사를 부당하게 지원하였다.

다) 피고인은 위와 같이 피고인의 대표자인 피고인 1이 피고인의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

2) 판단

가) 검사는 피고인에 대하여 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점과 관련하여 공정거래법 제70조의 양벌규정을 적용하여 기소하였다.

이에 대하여 원심은 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대하여 유죄를 인정하여 피고인에 대하여 1억 원의 벌금을 선고하였다.

나) 그런데 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인 1의 씨케이푸드와 장안유업에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 점에 대한 원심의 판단에는 피고인 1이 주장하는 바와 같이 법리오해의 위법이 있으므로, 피고인 1에 대한 부당지원행위로 인한 공정거래법위반의 공소사실은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

피고인에 대하여 양벌규정을 적용하여 형벌을 부과하기 위해서는 피고인의 실질적 경영자라고 할 수 있는 피고인 1의 법 위반행위가 전제되어야 할 것인바, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분이 무죄인 이상 피고인이 피고인 1의 공정거래법 위반행위를 방지하기 위하여 상당한 주의와 감독을 게을리하였는지 여부에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 피고인에 대한 이 부분 공소사실도 모두 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다.

따라서 원심판결 중 피고인에 대한 부분에는 사실오인 내지 법리오해로 인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

마. 검사의 그 밖의 사실오인 등 주장에 대한 판단

1) 허위 유통이윤 지급으로 인한 피고인 1, 피고인 2의 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당시에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1은 자신의 동생인 피고인 2가 운영하는 씨케이푸드를 치즈 유통단계에 형식적으로 끼워 넣어 치즈를 거래하기로 하고, 구체적으로 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격에 피고인 2를 거쳐 감으로써 추가되는 중간 유통이윤을 합산한 가격으로 치즈를 납품받음으로써 결국 피해자 엠피그룹의 자금으로 피고인 2에게 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 피고인 1은 2005. 11.경부터 2005. 12.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래로 받을 경우의 정상가격인 714,929,000원에 씨케이푸드의 유통이윤 38,300,400원을 합산한 753,229,400원을 씨케이푸드에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 1-(2) 기재와 같이 2005. 11.경부터 2016. 4.경까지 124회에 걸쳐 씨케이푸드의 유통이윤 명목으로 합계 4,711,517,497원을 지급하였다.

또한 피고인들은 위와 같이 피고인 2의 처 명의로 설립된 씨케이푸드를 중간유통단계로 활용하여 엠피그룹의 자금을 빼돌리는 것이 적발될 것을 걱정하여, 피고인 2가 물색하여 온 장안유업을 씨케이푸드 대신 치즈 유통단계로 끼워 넣고 피해자 엠피그룹의 자금으로 치즈 구입 유통이윤을 지급하는 방법으로 유통이윤 상당의 금원을 빼돌리기로 마음먹고, 이에 따라 피고인 1은 2014. 1.경 매일유업과 체결한 계약에 기초하여 매일유업으로부터 치즈를 직거래

로 받을 경우의 정상가격인 789,071,250원에 장안유업의 유통이윤 55,962,500원을 합산한 845,033,750원을 장안유업에 지급한 것을 비롯하여 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 2014. 1.경부터 2016. 10.경까지 34회에 걸쳐 위와 같이 피고인 2를 위하여 허위로 유통단계에 추가시킨 장안유업의 유통이윤 명목으로 합계 907,554,950원을 지급하였다. 이로써 피고인들은 공모하여 피해자 엠피그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 피해자엠피그룹의 자금 합계 5,619,072,447원을 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 공정거래법은 제24조 및 제24조의2에서 공정거래위원회에게 부당지원행위를 비롯한 동법 제23조 제1항의 불공정거래행위 금지조항을 위반하는 행위가 있을 때에는 해당 사업자에 대하여 해당 불공정거래행위의 중지 및 추후 재발 방지를 위한 조치 등 필요한 조치를 명할 수 있는 권한 및 과징금을 부과할 권한을 부여하고 있고, 동법 제66조, 제67조, 제71조는 그 위반의 정도가 중대한 경우 등에는 행위자에 대한 형사처벌을 가할 수 있도록 하는 규정을 두고 있는데, 위 각 조항의 문언 및 구조, 사업자의 시장지배적 지위 남용과 과도한 경제력의 집중을 방지하고 불공정거래행위 등을 규제하여 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진한다는 공정거래법의 입법 취지 등에 비추어 동법이 부당한 지원행위를 금지한 것이 그러한 지원행위를 특별히 사업자의 재산을 횡령하는 범죄행위로 볼 수 있기 때문이라거나 부당지원행위에 해당하는 거래계약이 반사회질서의 법률행위로서 사법상 무효이기 때문이라고 보기 어려운 점, 엠피그룹이 치즈 대금 명목으로 씨케이푸드 등에 지급한 금액에서 씨케이푸드 등이 취득한 중간유통이윤을 제외한 금액이 엠피그룹이 매일유업 등과 직거래를 할 경우의 가격과 같다고 볼만한 명확한 근거를 찾을 수 없는 점, 따라서 씨케이푸드 및 장안유업이 엠피그룹의 치즈 거래에 있어 수행한 역할이 미미하더라도 씨케이푸드와 장안유업의 거래단계 개입으로 인하여 엠피그룹이 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입었음을 단정할 수 없는 점, 엠피그룹은 2005. 11.경부터 씨케이푸드 등을 통한 거래구조와 마찬가지로 ●●●●과 ▼▼▼▼을 통하여 매일유업 측 피자치즈와 동일한 공급가격으로 서울우유 측으로부터 피자치즈를 공급받아 왔었던 점(원심 증인 공소외 15에 대한 2017. 11. 10.자 증인신문 녹취서 9쪽), 피고인 1은 엠피그룹으로 하여금 씨케이푸드 등과 거래 관계를 맺게 하고 입찰 및 가격협의 절차를 거쳐 엠피그룹과 씨케이푸드 등 상호간 이해득실을 조율하여 정한 거래대금을 지급하는 방법으로 치즈 구매거래를 진행하도록 하였던바, 위와 같은 거래구조의 도입행위를 위 피고인이 엠피그룹의 법인자금을 자기의 소유인 것 같이 처분한 행위라고 볼 근거가 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 공소사실과 같이 피고인들이 공모하여 엠피그룹의 법인자금을 횡령하였다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 관련 법리

횡령죄의 객체는 자기가 보관하는 '타인의 재물'이므로 재물이 아닌 재산상의 이익은 횡령죄의 객체가 될 수 없다. 횡령죄의 객체인 재물은 동산이나 부동산 등 유체물에 한정되지 아니하고 관리할 수 있는 동력도 재물로 간주되지만(형법 제361조, 제346조), 여기에서 말하는 관리란 물리적 또는 물질적 관리를 가리킨다고 볼 것이고, 재물과 재산상 이익을 구별하고 횡령과 배임을 별개의 죄로 규정한 현행 형법의 규정에 비추어 볼 때 사무적으로 관리가 가능한 채권이나 그 밖의 권리 등은 재물에 포함된다고 해석할 수 없다(대법원 1994. 3. 8. 선고 93도2272 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도832 판결 등 참조).

(나) 판단

원심 및 당심에서 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음의 사정, 즉 애플그룹의 실질적 운영자인 피고인 1은 애플그룹이 매일유업과 직거래시 피자치즈의 구매가격을 더 낮출 수 있음에도 피고인 2에게 유통이윤 상당을 챙겨주기 위해 씨케이푸드와 장안유업을 중간 거래단계로 추가시킨 점, 애플그룹이 씨케이푸드로부터 체다치즈를 납품받은 것도 애플그룹의 물류센터인 굿타임이 직접 애플그룹에 공급할 수 있음에도 서류상으로 씨케이푸드를 넣어 피고인 2로 하여금 유통이윤을 수취하도록 하기 위한 것으로 보이는 점, 매일유업의 사업본부장으로 근무하였던 공소외 17이나 매일유업 FS 영업본부 B2B 영업팀장인 공소외 18의 수사기관이나 법정에서의 진술에 의하면, 매일유업이 중간유통단계에 치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 중간유통단계를 거치지 않고 치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 결정된다고 진술한 점, 따라서 피고인 1이 위와 같은 애플그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 애플그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 애플그룹의 법인자금을 보관자로서 영득하였다기보다는 피고인 2로 하여금 위와 같은 끼워넣기 형태의 거래를 통해 애플그룹에 대하여 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득할 권리를 부여하고, 애플그룹으로 하여금 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 입게 하였다고 볼 수 있는 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 공모하여 애플그룹을 위하여 업무상 보관 중이던 애플그룹의 자금을 횡령하였다고 보기는 어렵다.

원심이 실시한 논거들 중 일부는 당심의 판단과 차이가 있기는 하지만, 이 부분 공소사실이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당한다고 본 원심의 결론은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 공소사실의 요지

피고인 1에 대한 예비적 공소사실은, 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실'의 1항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 1항 기재와 같고, 피고인 2에 대한 예비적 공소사실은 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 2항 중 마지막 단락 제1행 '2017. 3.경까지' 부분을 '2016. 4.경까지'로 변경하고, 제5행 '4,803,217,213원' 부분을 '4,711,517,497원'으로 변경하며, 제7행 '5,710,772,163원' 부분을 '5,619,072,447원'으로 변경하는 외에는 2항 기재와 같다.

(2) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장

애플그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 및 체다치즈 거래에 있어서 씨케이푸드와 장안유업은 그 중간에서 반품, 클레임 처리 등의 문제 해결에 적극적으로 협력하고, 기타 시장정보를 파악하는 등 상당한 역할을 수행하였으므로, 애플그룹과 씨케이푸드 및 장안유업 사이의 거래가 형식에 불과하여 유통이윤을 빼돌리기 위한 것으로 볼 수 없다.

따라서 피고인 1이 애플그룹의 업무를 총괄하는 자로서 피고인 2와 공모하여, 업무상 임무에 위배하여 씨케이푸드 및 장안유업으로 하여금 거래 중간에서 별다른 역할 없이 합계 5,619,072,447원 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 피해자 애플그룹으로 하여금 합계 5,619,072,447원 상당의 손해를 가하였다고 볼 수 없다.

(3) 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 주장에 대한 판단

(가) 관련 법리

업무상배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 업무상의 임무에 위배하여 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 함으로써 본인에게 손해를 가한 때에 성립하는데, 여기서 '본인에게 재산상의 손해를 가한다'라고 함은 총체적으로 보아 본인의 재산 상태에 손해를 가하는 경우, 즉 본인의 전체적 재산 가치의 감소를 가져오는 것을 말하고, 이와 같은 법리는 타인의 사무를 처리하는 자 내지 제3자가 취득하는 재산상의 이익에 대하여도 동일하게 적용된다(대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도6439 판결, 대법원 2009. 6. 25. 선고 2008도3792 판결 등 참조).

(나) 판단

살피건대, 피고인 1은 이 사건 지원행위의 지원주체인 엠피그룹의 업무를 총괄하는 실질적 경영자의 지위에 있는 점, 씨케이푸드는 대리점 영업을 위한 인적, 물적 시설을 제대로 구비하고 있지 않았고, 피고인 2는 엠피그룹에 피자치즈를 납품함에 있어서 세금계산서 작성 업무와 매일유업과의 공급가격 조율 정도의 업무를 수행하였는바, 세금계산서 작성은 코리아알엠씨의 직원에게 맡겼고 가격 조율도 자신의 유통이윤 확보를 위한 것으로 보이는 점, 피고인 2의 부탁으로 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래에 끼어들게 된 장안유업도 피자치즈 공급과정에서 세금계산서 발행 정도의 역할만을 수행한 점, 씨케이푸드는 굿타임의 엠피그룹에 대한 체다치즈의 납품에 있어서도 서류상으로만 중간에 끼어서 유통이윤을 수취한 것으로 보이는 점, 매일유업이 엠피그룹과 사이의 피자치즈 거래에서 중간유통단계인 씨케이푸드 또는 장안유업에 피자치즈를 공급하든지 아니면 직거래로 엠피그룹에 피자치즈를 공급하든지 관계없이 같은 시점이라면 동일한 공급단가로 공급하였을 것으로 보이는 점 등은 앞서 본 바와 같다.

한편, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 피자치즈 및 체다치즈 거래 과정에서 위와 같은 거래구조의 도입을 통해 씨케이푸드로 하여금 합계 4,711,517,497원을, 장안유업으로 하여금 합계 907,554,950원을 각 유통이윤으로 취득하게 하고, 엠피그룹으로 하여금 정당한 사유 없이 위 각 금액 합계 5,619,072,447원 상당을 추가 지출하도록 한 사실이 인정된다.

위와 같은 사정 및 사실에 비추어 보면, 피고인 1은 엠피그룹의 실질적 경영자로서 엠피그룹과 매일유업 사이의 피자치즈 거래 및 엠피그룹과 굿타임 사이의 체다치즈 거래에 있어서 실질적인 역할이 있었다고 보기 어려운 씨케이푸드 또는 장안유업을 끼워 넣는 형태의 거래구조를 도입함으로써 피고인 2로 하여금 5,619,072,447원 상당의 유통이윤 상당의 재산상 이익을 취득하게 하고, 엠피그룹에 위 유통이윤 상당의 경제적 손실을 가하였다고 볼 수 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 2 및 변호인의 위 주장은 이유 없다.

2) 광고비 횡령으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(횡령)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 판단순서

앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에 이르러 이 부분 공소사실에 대하여 원심이 무죄로 판단한 공소사실을 주위적으로 유지하면서, 예비적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경 허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

이하에서는 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유를 먼저 판단하고, 예비적 공소사실에 대하여도 추가로 판단한다.

나) 주위적 공소사실에 대한 검사의 항소이유에 대하여

(1) 공소사실의 요지

엠피그룹은 피해자 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 '매출향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고'에 사용한다는 명목으로 매달 각 가맹점의 매출액에 대한 일정 금액을 광고비 혹은 광고분담비 명목으로 지급받기로 하고 2008년부터 2016년까지 합계 104,495,548,788원을 엠피그룹 명의의 별도 계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)' 계정의 별도 항목으로 보관·관리하여 왔다.

피고인은 2008. 1. 31.부터 2015. 3. 20.경까지 피해자들을 위하여 위와 같이 보관하고 있던 광고비를 별지 범죄일람표 12 내지 13 기재와 같이 브랜드 이미지 혹은 상품광고와 전혀 관련이 없는 '가족점 워크샵 진행 비용', '우수가맹점 포상 비용' 및 'POS 시스템(가맹본부와 가맹점을 연결하는 내부 통합 전산시스템) 유지보수 비용' 명목으로 합계 575,052,871원을 사용하여 횡령하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정들, 즉 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 엠피그룹에 대하여 정기적으로 광고비 내지 광고분담금 명목으로 지급한 금원은 원칙적으로 가맹금으로서 가맹본부인 엠피그룹에 귀속되는 금액으로 볼 수 있는 점, 1997년경부터 현재까지 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹사업자는 가맹본부가 실시하는 광고비의 분담금으로 매월 일정 금액을 가맹본부에 지급하여야 한다는 취지의 조항이 존재하여 왔던 반면, 가맹계약서상 가맹점주들이 광고비 내지 광고분담금을 엠피그룹 측에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항이 존재하지 않는 점, 가맹점주들 또한 엠피그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티 등에 더하여 위 광고비 내지 광고분담금에 대한 세금계산서를 수취하여 왔던 것으로 보이는 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원에 해당한다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(3) 당심의 판단

원심의 판단을 증거자료들과 대조하여 면밀하게 살펴보고, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래의 사정들을 더하여 보면, 검사가 제출한 증거만으로는 광고비 또는 광고분담비 명목의 금원이 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 목적과 용도를 정하여 엠피그룹에 위탁한 금원으로서 '타인의 재물'임을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 이와 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 가맹사업거래의 공정화에 관한 법률(이하 '가맹사업법'이라고 한다)은 제2조 제6호에서 "'가맹금'이란 명칭이나 지급 형태가 어떻든 간에 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 대가를 말한다.

다만, 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 제외한다.

"고 규정한다.

그에 따라 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서는 "가맹점사업자가 가맹본부와의 계약에 의하여 허락받은 영업표지의 사용과 영업활동 등에 관한 지원·교육, 그 밖의 사항에 대하여 가맹본부에 정기적으로 또는 비정기적으로 지급하는 대가로서 대통령령으로 정하는 것"을 가맹금의 하나로 규정하고, 그 위임을 받아 제정된 가맹사업거래의 공정화에 관

한 법률 시행령(이하 '가맹사업법 시행령'이라고 한다) 제3조 제2항 제1호는 가맹사업법 제2조 제6호 라목에서 대통령령으로 정하는 것 중 하나로 '광고분담금'을 포함하고 있다.

한편, 가맹사업법 시행령 제3조 제1항은 가맹사업법 제2조 제6호 단서에서 가맹본부에 귀속되지 아니하는 것으로서 대통령령으로 정하는 대가를 열거하고 있는데, 여기에 광고비나 광고분담금은 포함되어 있지 않다.

따라서 가맹사업법 및 동법 시행령상 가맹금에는 광고비나 광고분담금이 포함된다고 해석함이 옳을 것이다.

② 1997년경부터 현재까지 애플그룹과 가맹점주들 사이에 작성되어 온 가맹계약서에도 가맹점주는 애플그룹으로부터 고유 조리법을 포함하여 상표, 광고선전, 기타 (상호명 2 생략) 점포운영에 관한 제반 매뉴얼에 의한 점포운영의 권리를 부여받고, 그 반대급부로서 애플그룹에 '가맹료', '로열티', '물품 보증금'을 지급하는 외에 애플그룹이 총괄하여 실시하는 기업 이미지 및 상품광고에 소요되는 광고비를 분담하기 위하여 '광고분담금'을 애플그룹에 정기적으로 지급해야 하는 것으로 정하고 있다(증가 제82호증). 위 가맹계약의 내용에 의하더라도 (상호명 2 생략) 가맹점주들이 애플그룹에 지급하는 광고분담금은 애플그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대한 대가로서 애플그룹에 귀속되는 가맹금에 해당한다고 봄이 상당하다.

③ 애플그룹과 가맹점주들 사이의 위 가맹계약서상 가맹점주들이 광고분담금을 애플그룹에 위탁한다는 내용이나 위 금원의 반환 등에 관한 조항은 포함되어 있지 않다.

더 나아가 애플그룹이 가맹사업법에 따라 가맹희망자에게 제공하기 위하여 공정거래위원회에 등록한 정보공개서에는 가맹점주가 가맹사업을 영위하기 위하여 계속적으로 지급해야 하는 모든 금전의 내역과 반환조건, 반환될 수 없는 경우 그 사유가 기재되어 있는데, 가맹점주가 지급해야 하는 금원은 광고분담금, 로열티, 식자재 공급대금이고, 반환조건은 모두 반환 불가며, 반환될 수 없는 사유에 대해서는 광고분담금과 로열티의 경우 '월 단위 청구'로, 식자재 공급대금은 '공급에 대한 대가'로 명시되어 있다(증가 제84호증).

④ (상호명 2 생략) 가맹점주들은 애플그룹으로부터 식자재 등 원재료비, 소모품비, 로열티, 광고분담금에 대하여 모두 세금계산서를 수취하여 왔는데(증가 제85호증), 이에 비추어 보더라도 애플그룹 측이나 가맹점주들 모두 위 금원이 애플그룹에 귀속되는 것으로 인식하여 왔던 것으로 보인다.

⑤ 애플그룹은 광고비를 별도의 법인계좌로 지급받아 '광고선전비(가맹)'라는 별도의 계정 항목으로 관리한 사실이 인정되기는 하나, 이는 애플그룹이 관리하는 (상호명 2 생략)에 대한 광고비 지출과 (상호명 2 생략) 이외의 다른 상표들((상호명 3 생략), (상호명 4 생략) 등)에 대한 광고비 지출을 구분하여 관리하기 위한 목적에서 계정 항목을 분리한 것으로 보이는데(증거기록 3758쪽 참조), 위와 같은 사정만으로 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 받은 광고분담금이 (상호명 2 생략) 가맹점주들로부터 목적과 용도를 정하여 애플그룹에 위탁된 금원이라고 보기는 어렵다.

다) 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 대한 판단

(1) 이 부분 공소사실

별지 예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실 중 '5. 공소사실 1의 나항 (4) 가맹점주들에 대한 광고비 횡령 부분' 기재와 같다.

(2) 피고인의 주장요지

엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐이고 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무가 아니다.

피고인은 엠피그룹의 사무를 처리하는 자일 뿐, 가맹점주들의 사무를 처리하는 자가 아니므로, 피고인에 대하여 배임죄가 성립되지 않는다.

(3) 판단

배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 위법한 임무위배행위로 재산상 이득을 취득하여 사무의 주체인 타인에게 손해를 가함으로써 성립하는 것이므로, 그 범죄의 주체는 타인의 사무를 처리하는 신분이 있어야 한다.

여기에서 '타인의 사무를 처리하는 자'라고 하려면 두 당사자의 관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하는 데 있어야 한다.

만약, 그 사무가 타인의 사무가 아니고 자기의 사무라면, 그 사무의 처리가 타인에게 이익이 되어 타인에 대하여 이를 처리할 의무를 부담하는 경우라도, 그는 타인의 사무를 처리하는 자에 해당하지 않는다(대법원 1987. 4. 28. 선고 86도2490 판결, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도11722 판결 등 참조).

위와 같은 법리에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 ① 엠피그룹과 가맹점주들 사이에 작성된 가맹계약서에 따르면 광고비 혹은 광고분담금이란 매출 향상을 위한 브랜드 이미지 및 상품광고 등에 소요되는 비용 중 가맹점주가 가맹본부인 엠피그룹에 정기적으로 지급하는 금원을 의미하고, 브랜드 이미지 및 상품광고는 엠피그룹이 총괄하여 실시하게 되어 있는 점(증가 제82호증), ② 앞서 본 바와 같이 위 금원은 엠피그룹이 광고를 통해 가맹점주들의 영업활동을 지원하는 것에 대하여 가맹점주들이 지급하는 가맹금으로 봄이 상당하므로, 엠피그룹의 운영자인 피고인은 위 가맹계약에 따라 위 금원을 운용하여 브랜드 이미지 및 상품광고를 실시하여야 하는 채무를 부담하는 계약 당사자에 불과할 뿐이고, 이에 더 나아가서 피고인이 가맹점주들의 광고비 집행사무를 위탁받아 이를 수행한다고 보기 어려운 점, ③ 위 가맹계약에 따른 광고의 실시 주체는 엠피그룹이고, 광고의 대상도 엠피그룹의 (상호명 2 생략) 브랜드와 상품일 뿐, 개별적인 가맹점포가 아니며, 광고의 목적도 (상호명 2 생략) 브랜드의 이미지 제고와 신제품 등 홍보이지 개별적인 가맹점포의 홍보가 아니라는 사정에 비추어 보더라도 엠피그룹의 광고는 엠피그룹의 사무일 뿐 광고의 간접적이고 사실적인 효과가 미칠 뿐인 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 처리하는 사무라고 보기는 어려운 점, ④ 피고인이 가맹점주들로부터 수령한 광고비 혹은 광고분담금 중 일부를 브랜드 이미지 및 상품광고와 무관한 POS 시스템 유지보수 비용 등 본래 엠피그룹의 비용으로 지출해야 할 사항에 사용하여 엠피그룹에 그에 상응하는 이익을 취득하게 하였다 하더라도 이는 가맹계약상의 의무를 위반한 것은 별론으로, 그러한 사정만으로 가맹점주들이 어떠한 손해를 입었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 (상호명 2 생략) 가맹점주들과의 신임관계에 기초하여 그 재산을 보호 내지 관리해야 하는 타인의 사무를 처리할 지위에 있다고 보기 어렵다.

따라서 검사가 제출한 증거들만으로는 예비적 공소사실을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할만한 증거가 없다.

3) 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 이 사건 관리매장에 대한 로열티 미수령, 파견 직원 급여 면제 등의 부당한 방법으로 수익을 극대화하던 중 국세청의 세무조사에서 위 매장들을 차명으로 보유하거나 부당하게 지원하는 사실이 적발되고 ▷▷점의 경우 출점 후 적자가 계속되자 엠피그룹으로 하여금 위 매장들을 고가에 인수하게 하기로 마음먹었다.

피고인은 엠피그룹 대표이사 겸 회장으로서 자기의 계산으로 회사와 거래를 하기 위하여는 미리 이사회에서 해당 거래에 관한 중요사실을 밝히고 이사회의 승인을 받아야 하고, 그 거래의 내용과 절차는 공정하여야 하고, 엠피그룹은 가맹점계약서에 영업권 양수도에 있어 권리금을 인정하지 않고 있음에도 불구하고 위와 같은 임무에 위배하여 2011. 10. 1. 피고인이 운영하던 □□점을 엠피그룹 직영점으로 인수하면서 엠피그룹으로 하여금 피고인에게 영업권 양수도 비용(권리금)으로 2억 5,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 11. 1. ◇◇점을 직영점으로 인수하면서 2억 6,000만 원을 지급하게 하고, 2011. 12. 16. ☆☆점을 직영점으로 인수하면서 2억 원을 지급하게 하고, 2012. 1. 1. ▽▽점을 직영점으로 인수하면서 5억 원을 지급하게 하고, 2013. 2. 1. ▷▷점을 직영점으로 인수하면서 1억 원을 지급하게 하였다.

이로써 피고인은 2011. 10. 1.부터 2013. 2. 1.까지 엠피그룹으로 하여금 피고인이 직접 혹은 차명으로 운영하던 (상호명 2 생략)□□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점, ▷▷점을 직영점으로 인수하게 하면서 피고인에게 합계 13억 1,000만 원의 권리금을 지급하게 함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 엠피그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다.

나) 원심의 판단 요지

원심은, 권리금의 적정액수에 관하여는 객관적으로 획일화된 산정기준이나 공식 등이 마련되어 있지 않으므로 해당 영업권의 가치평가가 업계에서 통상적으로 이루어지는 계산방법 내지 실제 거래 사례, 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거 등을 종합적으로 고려하여 합리적인 평가방법이라고 인정될 수 있는 기준을 통하여 산정된 금액에 해당한다면 피고인이 엠피그룹으로 하여금 그와 같은 금액을 권리금 명목으로 자신에게 지급하도록 한 행위가 업무상배임죄를 구성하는 임무위배행위 또는 회사에 손해를 초래한 행위라고 쉽게 단정할 수는 없다는 전제하에, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 ① 이 사건 관리매장에 적용된 권리금 산정방식이 합리적이지 않고 통상 기준에 비추어 과다한 권리금액이 도출되는 평가방법에 해당함을 인정할 만한 증거가 없는 점, ② 엠피그룹이 가맹점주와 체결한 가맹점계약서에는 "갑(엠피그룹을 말한다)은 을(가맹점주를 말한다) 매장에 대한 어떠한 형태의 권리금(영업, 바닥, 시설 등)도 인정하지 않는다.

"라는 문구가 기재되어 있는 사실은 인정되나(증거기록 8124쪽), 이는 가맹점주들이 그들 사이에 권리금의 지급을 매개로 점포를 양수도한 경우에 양도인·양수인 간 권리금에 관한 분쟁이 발생하거나 장래 가맹계약이 해지되는 등의 경우 그와 같은 권리금 지급 사실 내지 그 액수를 엠피그룹 측에 주장할 수 없다는 취지의 조항인 것으로 해석되고, 실제로 엠피그룹은 ♥♥점, ♣♣♣♣♣점, ♣♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 "영업권" 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급해 왔던 사실이 인정되는 점(증거기록 7563쪽, 8771쪽), ③ (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 가맹점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던바(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽), 피고인이 지급받은 것

과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기도 어려운 점, ④ 피고인이 애플그룹의 대표이사로 재직하던 시기에 이 사건 관리매장을 애플그룹 측에 양도하면서 상법상 요구되는 이 사회의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실은 인정되나(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 15-16쪽), 그와 같은 사실만으로 애플그룹 측에 해당 권리금액에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없는 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 애플그룹으로 하여금 이 사건 관리매장에 관한 권리금 내지 적정 권리금액을 초과한 액수의 권리금을 자신에게 지급하게 하여 애플그룹에게 동액 상당의 손해를 가하였다는 점을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아, 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

다) 당심의 판단

(1) □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우

원심이 들고 있는 논거들과 함께, 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래의 사실 내지 사정들을 추가하여 보면, 피고인이 이 사건 관리매장 중 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점을 애플그룹 측에 양도하면서 권리금 명목으로 지급받은 12억 1,000만 원은 통상적으로 이루어지는 계산방법 또는 일반적으로 납득할 수 있는 평가근거를 통하여 산정된 금액으로 판단된다.

① 피고인은 2011. 10. 1. 애플그룹 측에 □□점을 양도하면서 애플그룹으로부터 권리금 명목으로 2억 5,000만 원을, 2011. 11. 1. ◇◇점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 6,000만 원을, 2011. 12. 16. ☆☆점을 양도하면서 권리금 명목으로 2억 원을, 2012. 1. 1. ▽▽점을 양도하면서 권리금 명목으로 5억 원을 각 지급받았다(증거기록 8084쪽). 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점 등 가맹점을 직접 인수할 당시 그에 대한 '영업권' 명목으로 3,000만 원 내지 3억 8,500만 원가량을 기존 가맹점주들에게 지급하여 왔던 사례(증거기록 7563쪽, 8771쪽), (상호명 2 생략)♣△점을 운영하였던 공소외 2는 2006. 5.경 전 점주에 대하여 5억 원의 권리금을 지급하고 위 매장을 인수하였던 사례(원심 증인 공소외 2에 대한 증인신문 녹취서 20쪽) 등과 비교하면 피고인이 지급받은 것과 같은 규모의 권리금 지급이 업계의 일반적인 관행에 비교하여 부당하게 많은 것으로 보기 어렵다.

② 한편, 이 사건 관리매장을 직영점으로 전환함에 있어 권리금 산정 작업을 수행한 애플그룹의 공소외 30 고문은 수사 기관 및 원심 법정에서 "애플그룹 내부에 영업권 가액을 산정하는 확립된 기준은 존재하지 않으므로, 개인들 사이에 가맹점을 양도, 양수하면서 영업권에 대한 비용, 즉 권리금을 지급하는 경우 통상 2년간의 영업이익을 기준으로 그 액수를 산정한 것으로 알고 있기에 위와 같은 기준으로 권리금 액수를 산정하였다.

"라고 진술하였다(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽). 이 사건 관리매장 중 ▷▷점을 제외한 각 매장의 직영점 전환 직후인 2012년도의 영업이익은 □□점이 111,351,774원, ◇◇점이 149,269,055원, ☆☆점이 97,328,018원, ▽▽점이 195,891,185원이었는바(증거기록 7705쪽), 실제로 위와 같은 권리금 산정방식이 애플그룹의 위 각 매장 인수 당시 적용된 것으로 보이고, 위 산정방식이 통상적인 기준에 비추어 과다한 권리금이 도출되는 평가방법에 해당한다고 볼 근거도 없다.

③ 애플그룹이 2015년도에 ♥♥점, ♣♣♣♣점, ♣♣♣♣점, ♣○점을 지역거점매장으로 지정하여 이를 직영점으로 인수할 때에 해당 점포의 현황, 추정 손익 등에 관한 보고서가 작성된 사실이 있음에 반하여(증거기록 8801-8824쪽), □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영인수 당시에는 위와 같은 보고서가 작성된 사실은 없는데(원심 증인 공소외 31에 대한 증인신문 녹취서 6쪽), 검사는 이를 근거로 애플그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 아무런 근거 없이 위 매장들에 대한 권리금이 산정되었다고 주장한다.

그러나 위와 같은 차이는 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 경우 애플그룹 본사 영업부 직원들이 매장을 직접 운영·관리하였던 까닭에 점포 현황이나 손익구조를 애플그룹 측이 이미 파악하고 있어, 애플그룹이 일반 가맹점주가 운영하던 매장을 직영으로 인수할 당시 해당 점포의 현황이나 영업손익 등을 파악하기 위해 필요했던 위와 같은 보고서가 불필요했기 때문일 뿐, 피고인에게 합리적 근거 없이 이익을 주기 위해 위와 같은 보고서를 작성하지 않은 것은 아니라고 보인다.

④ 피고인이 운영하던 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 직영점 전환이 세금 문제 등 피고인의 개인적인 필요에 의한 것이었다거나, 직영인수 과정에서 상법상 요구되는 이사회 의 승인 등 절차를 취하지 않은 사실만으로는 애플그룹 측에 해당 권리금에 상응하는 재산상 손해가 발생하였다고 단정할 수 없다.

(2) ▷▷점의 경우

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 피고인이 애플그룹으로 하여금 ▷▷점을 인수하게 하면서 위 회사로부터 권리금 명목으로 지급받은 1억 원은 애플그룹의 사주인 피고인의 이익을 위하여 합리적인 평가방법 없이 부당하게 산정된 것으로 인정되는바, 결국 피고인은 애플그룹 대표이사 겸 회장으로서의 임무에 위배하여 위 권리금 1억 원 상당의 재산상 이익을 취득하고 피해자 애플그룹에 동액 상당의 손해를 가하였다고 판단된다.

① 이 사건 관리매장 중 ▷▷점의 경우 다른 관리매장과 달리 영업을 부진한 매장이었고 직영점 전환 당시 적자상태였음에도 피고인은 2013. 2. 1. ▷▷점을 애플그룹으로 하여금 인수하게 하면서 위 회사로부터 내부 인테리어 시설, 주방시설, 집기 비품 등의 영업시설 명목으로 2억 1,300만 원을 지급받는 외에 영업권 양수도 비용 명목으로 1억 원을 지급받았다(증거기록 7432쪽, 8077쪽). ▷▷점은 직영점 전환 이후에도 그 영업이익이 2013년에는 313,468원에 불과하였고, 2014년에는 35,409,335원이었다가, 2015년에는 -28,393,497원, 2016년에는 -53,672,030원으로 연속 적자였다.

② ▷▷점의 권리금 산정 업무를 수행하였던 공소외 30은 수사기관 및 원심 법정에서 "▷▷점의 경우 직영점 전환 당시 이익을 내지 못하는 상태에 있었으나 위 매장에 관하여 기존에 투자된 광고선전비의 액수 등을 고려하여 권리금액을 1억 원으로 산정하였다.

"라고 진술하였는데(원심 증인 공소외 30에 대한 증인신문 녹취서 13-15쪽, 증거기록 8076쪽), 위와 같은 권리금 산정방식은 공소외 30 자신이 권리금 계산방법으로서 업계에서 통상적으로 이루어진다고 진술했던 2년간의 영업이익 기준과도 맞지 않고, 사실상 피고인이 ▷▷점을 출점하였다가 영업을 부진해지자 직영점 전환을 통해 출점비용 등을 애플그룹 측에 전가한 것으로 보인다.

③ 한편, 애플그룹은 2015. 3. 1. 일반 가맹점주가 운영하던 (상호명 2 생략)♣□□점을 인수하면서 영업권 양수도 비용을 지급하지 않았는데, ♣□□점 직영인수 당시 애플그룹이 작성한 보고서에는 위 매장은 동일 상권 내 저렴한 경쟁업체 등이 지속적으로 개점하고 있어 경쟁력이 미흡하다는 지적이 기재되어 있고(증거기록 8817쪽), 애플그룹의 점포개발팀 직원인 공소외 26은 수사기관에서 ♣□□점의 매출이 부진하여 권리금을 지급하지 않았던 것으로 기억한다고 진술하였다(증거기록 7563쪽). 이처럼 애플그룹은 매출이 부진한 매장을 인수할 때에는 권리금을 인정하지 않았던 것으로 보이는데, 영업이익이 적자상태였던 ▷▷점에 대하여 권리금을 인정한 것은 애플그룹의 사주였던 피고

인의 이익을 위한 특별한 조치로밖에 볼 수 없다.

- ④ 피고인은 이 사건 관리매장 중 ▷▷점 이외의 다른 매장에서 권리금을 적게 인정한 점을 반영하여 ▷▷점의 매출이 적자였음에도 권리금을 1억 원으로 산정하였다고 주장한다.

그러나 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다는 점에 대해서는 이를 인정할 아무런 근거가 없다.

설령 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점의 권리금이 통상적인 수준보다 적게 산정되었다고 하더라도 위 매장들이 애플그룹에 인수된 후 영업이익이 지속적으로 감소하고 있는 상황에서 위 매장들에 대하여 추가적인 권리금을 인정하여 ▷▷점의 직영인수 당시 이를 반영하였다는 것도 설득력이 부족하다(증거기록 7705쪽 참조).

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 애플그룹의 □□점, ◇◇점, ☆☆점, ▽▽점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결은 정당하고, 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

그러나 애플그룹의 ▷▷점에 대한 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임) 부분을 무죄로 본 원심판결에는 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

따라서 이에 대한 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 있다.

- 4) 신주인수권 매도로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인은 그룹 전반을 관리하고, 공소외 3은 굿타임의 대표이사로서 제3자에게 굿타임 소유인 애플그룹에 대한 신주인수권을 매도함에 있어서 매도의 필요성, 적정 거래가격 등을 면밀히 검토하여야 하고, 시가보다 낮은 금액으로 매도하는 경우 그 합리적인 이유가 있어야 할 업무상 임무가 있다.

그럼에도 불구하고 피고인은 공소외 3과 함께 굿타임 명의의 신주인수권(이하 '이 사건 신주인수권'이라고 한다)을 피고인의 지인인 공소외 32, 공소외 33, 공소외 34에게 저가로 매도하여 공소외 32 등에게 재산상 이익을 취득하게 하고, 굿타임이 손해를 입게 하기로 마음먹었다.

피고인은 이 사건 신주인수권의 실제 가치가 2012. 2. 22. 기준 3,043,478,130원(당일 주가 1,650원, 신주인수권 행사가격 1,265원. 2010. 7. 22. 신주인수권부사채 발행 당시 신주인수권 행사가격은 1,807원이었으나 그 이후 주가 하락을 반영하여 2011. 4. 25. 1,765원으로, 2011. 7. 25. 1,596원으로, 2011. 10. 24. 1,265원으로 조정되었음. 차액 385원 × 7,905,138주) 상당임에도 불구하고, 위 공소외 3과 공모하여 그 임무에 위배하여 2012. 2. 22. 위 신주인수권 중 권면 금액 40억 원 상당을 2억 원에 공소외 32에게 양도하고, 권면금액 30억 원 상당을 1억 5,000만 원에 공소외 34, 공소외 33에게 각각 양도하는 등 합계 5억 원에 양도하였다(이하 '이 사건 매각'이라고 한다).

이로써 피고인은 공소외 3과 공모하여 공소외 32 등 3명에게 합계 2,543,478,130원 상당의 이익을 취득하게 하고, 피해 회사 굿타임에게 같은 액수 상당의 손해를 입게 하였다.

나) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정들을 종합하면, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 보아 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

(1) 이 사건 신주인수권의 적정가액 산정방법에 관하여

이 부분 공소사실은 굿타임이 이 사건 신주인수권을 매각한 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가 1,650원에서 신주인수권 행사가액인 1,250원을 공제한 차액 385원에 행사주식 수 7,905,138주를 곱한 3,043,478,130원이 신주인수권의 적정가액임을 전제로 피고인이 업무상 임무에 위배하여 이를 공소외 32 등에게 저가로 매도해 굿타임에게 위 금액과 매각액 간의 차액 상당의 손해를 가하였다는 것이다.

그런데 ① 상속세 및 증여세법(이하 '상증세법'이라고 한다) 제63조 제1항 가목 본문은 평가 기준일 이전·이후 각 2개월 동안 공표된 매일의 거래소 종가의 평균액을 상장회사 주식의 가액으로 한다고 규정하고 있는바, 위 법률 규정은 상속세 및 증여세와 무관한 이 사건에 바로 적용되는 것은 아니나 주식의 적정한 가액을 판단하기 위한 하나의 기준으로 참고할 수 있을 것인데, 위와 같이 상증세법 규정이 증여일이나 상속개시일 당일만이 아닌 기준일 전후 2개월간의 평균 주가를 가액 산정의 기준으로 삼고 있는 점, ② 주식의 시가는 수많은 요인에 영향을 받아 예측이 쉽지 않고 그러한 변동을 합리적으로 설명하기조차 어려운 경우가 드물지 않은 점, ③ 회사가 보유한 신주인수권이나 주식을 같은 가격에 매각하였더라도 해당일 하루의 주가 변동상황과 그 규모에 따라 업무상배임죄에 있어 회사에 손해가 발생하였는지 여부 내지 그 손해액이 현저히 달라진다고 보는 것은 합리적이지 않은 점, ④ 이 사건 신주인수권의 가치 산정에 있어 2012. 2. 22. 당일 하루의 거래소 종가를 엠피그룹 주식의 가액으로 보는 것은 타당하지 않고, 신주인수권의 매각 당시를 기준으로 장래의 주가 변동을 예측하는 것은 사실상 어려운 점 등을 고려하면, 상증세법상 위 규정을 참조하여 신주인수권 매각일 이전 2개월간의 평균 주가를 주식의 가액으로 보아 신주인수권의 가액을 산정하는 것이 비교적 합리적인 일응의 방법에 해당한다고 할 것이다.

그렇다면 검사가 제출한 증거들만으로는 이 사건 매각 당시 엠피그룹의 주가를 매각 당일 종가인 1,650원으로 보는 것을 전제로 굿타임이 공소사실 기재와 같이 2,543,478,130원(= 3,043,478,130원 - 5억 원)의 손해를 입은 사실이 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르렀다고 보기 어렵다.

(2) 굿타임에 대한 손해 발생 여부

앞서 살펴본 평가방법에 따른 단순 계산에 의할 때 이 사건 신주인수권의 가치는 1,241,106,666원[(매각일 이전 2개월간의 평균주가 1,422원 - 행사가액 1,265원) × 행사주식 수 7,905,138주]인데, 굿타임은 공소외 32 등에 대하여 이 사건 신주인수권을 합계 5억 원에 매도하였다.

그렇다면 굿타임이 이 사건 신주인수권의 가치인 1,241,106,666원의 약 40%에 해당하는 대가만을 지급받고 위 신주인수권을 매각함으로써 재산상 손해를 입었다고 볼 수 있는지가 문제된다.

살피건대, ① 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴해야 매수인 입장에서 경제적 이익이 있어 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점, ② 일반적으로 신주인수권이 행사되는 경우 시가총액 증가분보다 신주발행회사에 유입되는 자금액이 적어 주가가 하락하는데, 이 사건의 경우 신주인수권 행사로 인해 엠피그룹의 총 발행주식수의 12.162%에 달하는 7,905,138주의 신주가 발행되어

그 하락규모가 또한 비교적 클 것으로 예상되는 점, ③ 아울러 위와 같이 대량으로 보유하게 된 주식을 거래소에서 매각하는 경우 매도세의 우세로 인하여 재차 필연적으로 주가의 하락이 동반되기도 하는 점, ④ 공소외 32는 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 권면금액 각 10억 원 상당의 신주인수권을 메리츠종금증권 및 이트레이드증권에 대하여 "거래일 전 3영업일 기준 거래소 종가 평균 × 행사주식 수 × (1 - 할인율 26.5%) - 신주인수권 행사대금"의 방식으로 산정한 각 1,938,060,141원 가량에 매각하였는데, 위와 같은 산정방식을 이 사건 매각에 적용할 경우 그 할인율은 약 19.5%에 해당하는 것으로 산정되는바, 이 사건 매각의 거래 규모에 비추어 과도한 할인폭이라고 단정하기 어려운 점, ⑤ 피고인의 전적인 의사에 따라 이 사건 신주인수권을 매입, 매각하였을 뿐인 굿타임이 위 신주인수권의 가치를 실질적으로 지배하고 있었는지가 불명확할 뿐 아니라 굿타임이 보유하고 있던 신주인수권이 처분되었다는 사정만으로 굿타임이 경제적 관점에서 손실을 입었음을 인정할 수 있을지 의문이 존재하고, 굿타임의 이 사건 신주인수권 보유 및 처분과정을 전체적으로 관찰하면 위 회사는 이 사건 신주인수권을 공소외 35로부터 3억 원에 매입하고 공소외 32 등에게 합계 5억 원에 매각함으로써 2억 원의 거래차익을 취득하기도 한 점 등을 고려하면, 굿타임의 이 사건 신주인수권 매각으로 위 회사에 손해가 발생하였다는 점을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

다) 당심의 판단

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사실 내지 사정을 종합하면, 검사의 주장처럼 이 사건 신주인수권의 적정 거래가액의 산정을 위한 '엠피그룹 주식의 가액'을 신주인수권 거래 당일의 거래소 종가를 기준으로 본다고 하더라도, 이 사건 신주인수권의 매각대금 5억 원은 위 신주인수권의 가치에 비교하여 저가라고 보기는 어렵고, 검사가 제출한 증거만으로는 피고인이 공소외 3과 함께 이 사건 신주인수권을 공소외 32 등 3명에게 매각함으로써 인하여 굿타임에 손해가 발생하였다는 점이나 피고인의 임무위배사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 같은 취지의 원심판결은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같이 사실을 오인하거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

따라서 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

- ① 검사는 엠피그룹 주식은 코스닥시장에 상장되어 있기 때문에 엠피그룹 주식의 시장가격을 기준으로 신주인수권의 가치 산정이 가능하고, 또 그것이 객관적이고 합리적인 방법이라고 주장하면서, [(신주인수권 매각일의 엠피그룹 주식 1주의 종가 - 신주인수권 1개의 행사가) × 신주인수권 수량]이 신주인수권의 정상적인 거래가격임을 전제로 이 부분 공소사실을 구성하고 있다.

그러나 만약 검사의 주장대로라면 시장에서 거래되는 신주인수권의 가격이 거래 당일 주식의 가격과 신주인수권의 행사가격의 차액에 거의 근접하는 가격에서 거래가 이루어져야 하는데, 실제로는 해당 기업의 전망, 신주인수권의 구체적 조건이나 총 발행 수량, 투기적 심리, 국내외 정세, 환율이나 원자재 가격의 등락 등 시장에 변수로 작용하는 요인들이 너무나도 많기 때문에 위와 같은 가격에서 거래가 이루어지지는 않는 것으로 보인다.

- ② 또한 검사의 위와 같은 주장은 매수인의 입장에서, 거래 당시 증권거래소에서 취득 가능한 발행회사의 주식 가격보다 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 저렴하게 책정되는 등 거래를 통한 경제적 이익이 있는 경

우에만 상장회사가 발행한 신주인수권에 대한 거래가 성사되는 점을 간과한 것으로 보인다.

③ 더 나아가 특히, 대규모의 신주인수권이 행사될 경우 새롭게 발행된 다량의 주식이 주식시장에 유입됨에 따라 대개의 경우 주가의 하락이 동반되기도 하는바, 이러한 경우에도 신주인수권의 교환가치를 단순히 주식의 가액에서 신주인수권 행사가액을 공제한 값으로 보는 것은 위와 같은 경제적 위험을 고려하지 않은 것이어서 불합리하다.

이 사건의 경우 굿타임이 공소외 32 등 3인에게 매각한 신주인수권은 그 물량이 엠피그룹의 총 발행 주식 수의 12.162%인 7,905,138주에 달하고, 2012. 2. 22. 주식 거래량인 136,690주와 비교하여도 약 58배 많은 양이므로 주가 하락의 위험 정도가 크다고 할 것인바, 이를 감안하면 당시 증권거래소에서 취득 가능한 엠피그룹의 주식 가격보다 이 사건 신주인수권 매입비용 및 행사비용을 합한 금액이 어느 정도 낮아야만 비로소 신주인수권에 대한 거래가 성사될 수 있었을 것으로 보인다.

④ 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 굿타임으로부터 7,905,138주의 신주인수권을 총 5억 원에 매수하였으므로(증거기록 5810쪽), 공소외 32 등 3인이 매수한 신주인수권 1개의 가액은 63.25원(= 5억 원 ÷ 7,905,138주)이다.

그리고 위 매각 당일 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 1,650원이고, 신주인수권의 행사가액은 1,265원이므로, 결과적으로 공소외 32 등 3인은 2012. 2. 22. 기준으로 시가 1,650원인 엠피그룹 주식 1주를 1,328.25원(= 신주인수권 1개의 가액 63.25 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 19.50% 인하된 금액으로 취득한 것이다.

한편, 공소외 32는 2014. 10. 21. 이 사건 매각으로 취득한 신주인수권 중 각 790,513주의 신주인수권을 메리츠증권증권 및 이트레이드증권에 대하여 각 1,938,060,141원(신주인수권 1개당 2,451.65원)에 매각하였고, 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가는 4,570원이었으며(증가 제89호증), 신주인수권의 행사가액은 1,265원이었던바, 두 증권회사는 당일 시가 4,570원인 엠피그룹 주식 1주를 3,716.65원(= 신주인수권 1개의 가액 2,451.65원 + 신주인수권 행사가액 1,265원), 즉 위 엠피그룹 주식의 거래소 종가보다 18.67% 인하된 금액으로 취득하였다고 볼 수 있다.

엠피그룹 주식의 정상적인 거래의 실례라고 볼 수 있는 위 각 거래와 굿타임의 공소외 32 등에 대한 이 사건 거래를 비교해 볼 때, 신주인수권의 거래 규모, 신주인수권 매각 당시 엠피그룹 주식의 거래소 종가 대비 인하율 등을 감안하면 양자 사이에 유의미한 차이가 있다고 볼 수 없는바, 결국 굿타임이 이 사건 신주인수권을 적정가액보다 낮은 금액에 매도하였다고 단정하기 어렵다.

⑤ 검사는 항소이유서 등에서 피고인이 자신의 지인들인 공소외 32 등 3명에게 부당한 이익을 취득하게 하기 위해서 그 적정 거래가액에 대한 면밀한 검토 없이 이 사건 신주인수권을 매각하였다고 주장한다.

그러나 피고인은 이 사건 매각 전에 엠피그룹의 코스닥 상장 업무를 수행하였던 재무 컨설팅업체인 ☆☆☆에 신주인수권 매각에 따른 세금 문제, 매각 절차 등에 관하여 자문을 의뢰한 바 있고(수사기록 제9권 7746쪽), 앞서 ③, ④항에서 본 바와 같이 이 사건 신주인수권의 매각대금이 적정가액보다 낮았다고도 보기 어려우며, 전체적인 관점에서 굿타임은 공소외 35로부터 3억 원에 취득한 이 사건 신주인수권을 5억 원에 공소외 32 등에게 매각하여 2억 원의 차익을 얻기도 하였던바, 이 사건 신주인수권을 양수한 공소외 32 등이 피고인의 지인이라는 사실만으로는 이 사건 매각과 관련한 피고인의 임무위배사실을 인정하기도 부족하다.

5) 사업활동방해로 인한 피고인 1, 엠피그룹의 공정거래법위반의 점 및 피고인 1, 피고인 3, 피고인 4의 각 업무방해의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 공소사실의 요지

피고인들은 (상호명 1 생략) 가맹점주들의 영업을 다각적 방법으로 방해하기로 한 후, 피고인 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 하였고, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1을 상대로 허위사실로 형사고소를 하였으며, 공소외 1이 운영하는 (상호명 1 생략)○○○ 및 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략)♣△점 인근에 (상호명 2 생략) 직영점을 보복출점 하였다.

이로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였고, 피고인 3, 피고인 4는 피고인 1과 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장의 영업업무를 각 방해하였으며, 피고인 엠피그룹은 피고인 엠피그룹의 대표자인 피고인 1이 피고인 엠피그룹의 업무에 관하여 불공정거래행위를 하였다.

나) (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급 중단의 점

(1) 원심의 판단

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 사실들을 종합할 때 피고인 4 및 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36과 공소외 37에 대하여 피해자 공소외 1이 설립한 ♣◎◎◎이 추진하고 있는 (상호명 2 생략) 가맹점들에 대한 피자치즈 사입행위의 방지를 부탁하였던 것으로 보일 뿐, 검사가 제출한 증거들만으로는 위 사람들이 공소외 1 등이 운영하는 (상호명 1 생략) 매장에서 사용되는 피자소스 및 피자치즈의 공급 중단을 요청하였다는 점을 인정하기 부족하며, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 동원홈푸드 직원들을 통하여 (상호명 1 생략)에 대한 소스 및 치즈 공급을 중단케 하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

(가) 관련 법리

① 구 공정거래법 제23조 제1항은 "사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로서 공정한 거래를 저해할 우려가 있는 행위(이하 '불공정거래행위'라고 한다)를 하거나, 계열회사 또는 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하여서는 아니 된다.

"고 규정하면서, 제5호에서 "거래의 상대방의 사업활동을 부당하게 구속하는 조건으로 거래하거나 다른 사업자의 사업활동을 방해하는 행위"를 들고 있고, 제23조 제2항은 "불공정거래행위의 유형 또는 기준은 대통령령으로 정한다.

"고 규정하고 있다.

이러한 위임에 따라 구 공정거래법 시행령(2010. 5. 14. 대통령령 제22160호로 개정되기 전의 것) 제36조 제1항 관련 [별표 1]은 제8호 (라)목에서 사업활동방해의 한 유형인 '기타의 사업활동방해'로 "(가)목 내지 (다)목 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위"를 규정하고 있다.

불공정거래행위로서 공정거래법의 규제대상이 되기 위해서는 당해 행위가 외형적으로 공정거래법의 각 규정이 정하는 요건을 갖추는 외에 그것이 공정거래법의 목적에 비추어 부당한 것이어야 하고, 이때 그 부당성 유무의 판단은 거래 당사자의 거래상의 지위 내지 법률관계, 상대방의 선택 가능성·사업 규모 등의 시장 상황, 그 행위의 목적 및 효과, 관련 법규의 특성 및 내용 등 여러 사정을 고려하여 그 행위가 공정하고 자유로운 경쟁을 저해할 우려가 있는지 여부에 따라야 할 것이다(대법원 1998. 9. 8. 선고 96누9003 판결, 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010두4896 판결 등 참조

).

② 업무방해죄의 '위력'이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력으로, 유형적이든 무형적이든 문지 아니하므로 폭력·협박은 물론 사회적·경제적·정치적 지위와 권세에 의한 압박 등도 이에 포함되고, 현실적으로 피해자의 자유의사가 제압될 것을 요하는 것은 아니지만 범인의 위세, 사람 수, 주위의 상황 등에 비추어 피해자의 자유의사를 제압하기 족한 세력을 의미하는 것으로서, 위력에 해당하는지는 범행의 일시·장소, 범행의 동기, 목적, 인원 수, 세력의 태양, 업무의 종류, 피해자의 지위 등 제반 사정을 고려하여 객관적으로 판단하여야 한다.

또한 업무방해죄의 위력은 반드시 업무에 종사 중인 사람에게 직접 가해지는 세력만을 의미하는 것은 아니고, 사람의 자유의사를 제압하기에 족한 일정한 물적 상태를 만들어 사람으로 하여금 자유로운 행동을 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 행위도 이에 포함될 수 있다(대법원 2000. 9. 10. 선고 2009도5732 판결 등 참조).

한편, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하므로 위력 행사의 상대방이 피해자가 아닌 제3자인 경우 그로 인하여 피해자의 자유의사가 제압될 가능성이 직접적으로 발생함으로써 이를 실질적으로 피해자에 대한 위력의 행사와 동일시할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우가 아니라면 피해자에 대한 업무방해죄가 성립한다고 볼 수 없다.

이때 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자의 자유의사가 직접 제압될 가능성이 있는지는 위력 행사의 의도나 목적, 위력 행사의 상대방인 제3자와 피해자의 관계, 위력의 행사 장소나 방법 등 태양, 제3자에 대한 위력의 행사에 관한 피해자의 인식 여부, 제3자에 대한 위력의 행사로 피해자가 입게 되는 불이익이나 피해의 정도, 피해자에 의한 위력의 배제나 제3자에 대한 보호의 가능성 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2013. 3. 14. 선고 2010도 410 판결 참조).

(나) 인정사실

원심 및 상심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 다음의 사실이 인정된다.

- ① 엠피그룹과 가맹계약을 체결하고 (상호명 2 생략)○○○을 운영해 오다가 2016. 6. 30.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 공소외 1은 협동조합 형식의 새로운 피자 브랜드인 '(상호명 1 생략)'의 설립을 준비하였다.
- ② (상호명 2 생략)♣△점을 운영하다가 공소외 1과 (상호명 1 생략)을 함께 준비하였던 공소외 2는 공소외 1과 여러 가지 치즈와 소스 등을 사용해 피자를 만들어보면서 소스의 맛, 발림성, 다른 식자재 토핑과 어울림 등 제품 테스트를 거친 후, 식자재 유통업체인 주식회사 씨유포드(이하 '씨유포드'라고 한다)를 통하여 위 (상호명 1 생략) 브랜드 점포에서 사용할 피자치즈로 주식회사 동원에프앤비(이하 '동원에프앤비'라고 한다)가 생산하는 치즈를, 위 점포에서 사용할 피자소스로 주식회사 동원홈푸드(이하 '동원홈푸드'라고 한다)가 생산하는 소스를 각각 공급받기로 계획하였다.
- ③ 공소외 1과 공소외 2는 2016. 7. 말경 지산에서 락 페스티벌이 열릴 당시 (상호명 1 생략)의 현수막을 걸고 그곳에서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 토대로 피자를 만들어서 판매하였는데 그 피자에 대한 반응이 좋았고, 공소외 2는 2016. 10. 28. (상호명 1 생략)♣△점 매장을 개점하였다.

- ④ 한편, 공소외 1은 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하기 전인 2016. 2.경 (상호명 2 생략) 본사에서 기존에 공급하던 피자치즈의 품질이 좋지 않다고 본사에 다른 피자치즈로 바꾸어 달라고 요청하였으나 엠피그룹은 이를 거절하였다.

그에 따라 공소외 1은 자신이 품질 좋은 치즈를 구해 오겠다면서 그 피자치즈를 가맹점들끼리 공동구매해서 좋은 피자를 만들어서 판매하자고 가맹점주들에게 제의하였다.

공소외 1은 2016. 6.경 동원에프앤비의 특판지점장인 공소외 38, 특판지점 과장인 공소외 39와 함께 씨유푸드의 공소외 40 사장을 찾아가서 자신이 곧 (상호명 2 생략) 가맹점을 탈퇴하여 협동조합 형식의 (상호명 1 생략)을 설립할 것이고, 자신을 따라 몇몇 가맹점주들도 탈퇴하여 (상호명 1 생략)에 합류할 예정이니 향후 피자 제조에 필요한 원부자재 물량을 (상호명 1 생략)으로 납품해주면 된다는 취지로 이야기하였다.

공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '㉡㉡㉡㉡'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유푸드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공하였다.

- ⑤ 엠피그룹은 2016. 7. 중순경 공소외 1이 위와 같이 ㉡㉡㉡㉡을 통하여 동원에프앤비가 생산하는 피자치즈의 사업을 추진하려 한다는 사실을 파악하고 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 법무법인에 법적 대응방안을 문의한 뒤 가맹점들의 사업이 3회 적발될 경우 가맹계약을 해지하겠다고 내용증명우편을 보내는 등의 조치를 취하기 시작하였다 (증거기록 475쪽, 1972쪽).

- ⑥ 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게, 탈퇴한 가맹점주가 ㉡㉡㉡㉡이라는 것을 세웠는데 탈퇴한 가맹점주와 강성 가맹점주에 동원 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면서 그에 대하여 동원홈푸드에서 조치를 취해줄 것을 요청하였다.

- ⑦ 엠피그룹 구매팀장인 공소외 15는 2016. 8. 4.경부터 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 공급되기 시작한 것을 알게 되자 동원홈푸드의 공소외 37 차장을 엠피그룹으로 불러 "지금 동원에프앤비 치즈가 공급되는 것 같다.

그 부분에 대해서는 문제가 커질 것 같으니 빠르게 좀 대처를 해 달라"고 말하였다.

- ⑧ 이에 공소외 37은 동원에프앤비 특판지점의 과장인 공소외 39에게 전화하여 엠피그룹으로부터 '우리가 동원홈푸드와 거래하는 소스 금액이 월 2억 5천만 원이나 되는데 어떻게 우리 가맹점에 너희 계열사인 동원에프앤비가 치즈를 공급할 수 있느냐, 그거 못하도록 해라'는 취지의 말을 들었다고 전하였다.

동원에프앤비의 본부장인 공소외 41은 특판지점장인 공소외 38로부터 위와 같은 내용을 보고받은 후 씨유푸드에 동원홈푸드로부터 전화를 받은 경위를 설명하고, 앞으로 ㉡㉡㉡㉡에 동원에프앤비의 피자치즈를 공급해주지 말 것을 지시하였으나, 동원에프앤비의 실무자 선에서는 자신의 거래처이고 매출이 달린 문제여서 2016. 10. 말경까지 씨유푸드에 납품을 하였다.

⑨ 그러나 동원홈푸드의 공소외 36은 공소외 37로부터 (상호명 2 생략)에서 동원홈푸드가 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키려고 하고 앞으로 신제품에 참여를 못하게 한다는 보고를 받았고, 이에 공소외 36은 동원에 프앤비의 공소외 41 전무에게 전화로 '저희가 생각한 것보다 상태가 좀 심각한 것 같다.

다시 한번 고려를 해주면 안 되겠느냐'고 부탁을 하였다.

그로부터 2, 3일 뒤 공소외 41은 공소외 36에게 전화를 하여 '조치했으니까 그렇게 알아라'고 말하였고, 공소외 37로 하여금 그러한 말을 엠피그룹에 전달하도록 하였다.

실제로 씨유푸드는 2016. 11.경부터 (상호명 1 생략)에 대하여 동원에프앤비가 생산한 피자치즈 제품의 공급을 중단하였다.

⑩ 다만 동원에프앤비의 공소외 38은 공소외 1에게 동원홈푸드로부터 전화를 받은 내용에 대하여 사정을 설명하고, 동원에프앤비의 피자치즈를 공급하는 대신 동원에프앤비가 수입한 치즈 원물을 ♣◁◁◁라는 유가공업체를 통해 가공을 거쳐 이를 씨유푸드에 납품하여 ♣◎◎◎으로 하여금 피자치즈를 공급받을 수 있도록 하겠다는 제의를 하였다.

그에 따라 공소외 1은 공소외 38과 함께 ♣◁◁◁에 대한 현장실사를 하였고, ♣◁◁◁가 기존의 동원에프앤비의 피자치즈에서 발생했던 치즈 떡짐 현상을 개선할 수 있을 정도의 최신설비를 갖추고 있고, HACCP 인증까지 받은 업체라는 것을 알고 ♣◁◁◁로부터 피자치즈를 납품받기로 하였다.

⑪ 한편, 엠피그룹 구매팀장 공소외 15는 2016. 8. 초경 동원홈푸드 영업팀 차장인 공소외 37에게 '(상호명 2 생략)의 강성 가맹점주들이 본사에서 물건을 받지 않고 자체 조달하기 위해 ♣◎◎◎이라는 회사를 만들었고, ♣◎◎◎은 씨유푸드를 통해 (상호명 2 생략)이 사용하는 소스와 치즈를 돌려서 납품받아 (상호명 2 생략) 가맹점에 납품하고 있다.

그것은 상도덕에 어긋나는 일이니 동원홈푸드가 씨유푸드에 이야기하여 납품이 되지 않도록 하라.'는 말을 하였다.

⑫ 그에 따라 공소외 37은 씨유푸드의 사장인 공소외 40을 만나 '동원홈푸드가 (상호명 2 생략)과 월 3~5억 원가량 소스 거래를 하고 있는데 그런 (상호명 2 생략)으로부터 동원홈푸드 제품이 공소외 1의 (상호명 1 생략)으로 납품되지 않도록 하라는 말을 들었다고 하면서 씨유푸드가 동원홈푸드 제품이 아닌 다른 회사의 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품을 해달라'는 취지로 말을 전달하였다.

공소외 40은 "우리가 동원홈푸드에서 납품받은 소스 중 피자에 사용되는 소스는 '피자 소스(에이)'라는 소스 한 가지 종류로 그 제품이 (상호명 1 생략)에 납품되었고,(상호명 2 생략) 가맹점에는 납품되지 않아서 동원홈푸드에서 관여할 일이 아니다"는 취지로 언짢은 내색을 하였다.

이에 공소외 37은 동원에프앤비의 치즈가 (상호명 2 생략)에 사입이 되었기 때문에 이 사달이 난 것이라고 하면서 동원에프앤비의 치즈도 다른 제품으로 대체하여 (상호명 1 생략)에 납품해 달라고 부탁하면서 동원홈푸드의 제품이 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품이 되지 않도록 해달라고 요청하였다.

⑬ 공소외 40은 동원홈푸드에서 제품을 납품하지 않으면 동원홈푸드 제품을 원하는 씨유푸드의 다른 거래처에 피해를 줄 수 있다는 생각에 공소외 1을 만나서 상황을 설명하고, 장기적으로는 결국 동원홈푸드의 제품을 공급받지 못하게 될 것 같으니 다른 업체를 찾아보자고 하였다.

씨유푸드는 2016. 8.경부터 (상호명 1 생략)에 대한 동원홈푸드 피자 소스의 공급을 중단하였고, 그에 따라 공소외 1은 (상호명 1 생략)♣▷점에서 ♣♣♣에서 제조한 피자 소스를 테스트하였고, 공소외 40에게 ♣♣♣ 제품을 공급해 달

라고 요청하여 씨유푸드는 2016. 8.경 ♣♣♣에서 피자 소스를 납품받아 이를 (상호명 1 생략)에 공급하였다.

- ⑭ (상호명 2 생략) 가맹계약서에는 제10조에서 가맹본부는 전 매장의 통일성과 대외적인 이미지 확보 및 소비자 보호 등을 위하여 필요한 물품을 구매하여 가맹점사업자에게 공급하여야 하도록 규정하고, 제29조 제2항에서는 "가맹점 사업자가 주요 식자재를 외부에서 사입한 사실이 확인되면 가맹본부는 1차 중단 요청 공문을 발송하고, 그 공문을 받은 날 이후 가맹점사업자의 주요 식자재 외부 사입이 있었다는 사실이 재차 확인되면 가맹본부는 가맹점사업자와의 계약 갱신 거절 및 영업정지 등의 패널티를 부과할 수 있다.

"고 정하고 있다.

- ⑮ 한편, 피고인 1은 검찰에서 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에서는 (상호명 2 생략)을 망가뜨리려고 했기 때문에 사활이 걸린 문제로 그에 관한 보고를 받았고 전사적으로 대응할 수밖에 없는 엄중한 상황이었다고 진술하였고, 엠피그룹의 비서실장이자 부사장인 피고인 4도 검찰에서 본사 차원에서 (상호명 1 생략)의 매장 개점 현황, 가맹점의 상황, (상호명 1 생략)의 매출액, 이탈 예상 가맹점 등에 대해서 영업지원팀장 공소외 42로부터 관련 파일과 내용을 보고받았고, 일부는 피고인 3으로부터 전해 들어서 알고 있다고 진술하였다.

엠피그룹 비서실의 2016. 7. 19.자 '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 '집단이탈 경우 → 대책'이라는 피고인 1의 지시사항이 기재되어 있고, 2016. 8. 8. '일간 주요 일정 및 업무계획' 문건에는 'Union 치즈 수급(동원 F&B→씨유푸드→Union) 관련, 대처방안 협의'라는 문구가 기재되어 있다.

(다) 판단

① 불공정거래행위로서의 사업활동방해에 해당하는지 여부

- (i) 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 요건으로, 첫째, 당해 행위가 그 외형으로 볼 때 공정거래법 제23조 제1항 제7호 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호에서 열거하는 행위유형에 해당하여야 하고, 둘째, 그 행위의 부당성, 즉 공정거래저해성이 인정되어야 한다.
- (ii) 앞서 살펴본 사실에서 인정되는 다음의 사정들, 즉, 피고인 1과 엠피그룹의 비서실장인 피고인 4는 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회나 (상호명 1 생략)에 대하여 전사적으로 대응할 수밖에 없는 상황이었기 때문에 (상호명 1 생략)의 제반 활동에 대하여 관심을 두고 대처방안을 협의해 왔던 것으로 보이는 점, 공소외 1은 2016. 6. 20.경 (상호명 2 생략) 가맹점주협의회 회장을 사임하고 가맹계약을 해지한 후 (상호명 1 생략)의 설립을 준비하면서 여러 가지 치즈와 소스를 사용해 피자를 만들어보면서 (상호명 1 생략)에서 사용할 피자치즈는 동원에프앤비의 제품을, 소스는 동원홈푸드 제품을 사용하기로 계획하였던 점, 엠피그룹 비서실장인 피고인 4는 2016. 7. 말경 동원홈푸드 측에 탈퇴한 가맹점주가 세운 ♣♣♣♣을 통해 동원에프앤비의 치즈가 들어간다는 정보가 입수되었다면 그에 대한 조치를 취해 달라고 요청하였고, 엠피그룹의 구매팀장인 공소외 15도 2016. 8. 4.경 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략) 일부 가맹점에 사입이 이루어지는 점을 들어 거래처인 동원홈푸드에 계열사인 동원에프앤비로 하여금 피자치즈가 공소외 1과 (상호명 1 생략)에 납품되지 않도록 요청함과 아울러 (상호명 2 생략)에서 가맹점에 공급하는 식자재가 아닌 소스에 대해서도 동원홈푸드 제품이 납품되지 않도록 요청한 점, 그에 따라 결국 ♣♣♣♣에 피자치즈와 소스를 납품하던 씨유푸드는 동원홈푸드의 요청에 따라 피자치즈와 소스 공급을 중단하게 된 점, 피자 조리법의 개발에 있어서 치즈와 소스가 가장 중요한 비중을 차지하는데, 사업 초기 단계에 있던 (상호명 1 생략)이 신규로 출

시할 피자에 사용될 피자치즈와 소스의 공급이 중단됨으로써 제품개발이 지연되고 (상호명 1 생략)의 설립도 늦추어질 수밖에 없었을 것으로 보이는 점 등에 비추어 보면, 피고인 1이 직원들을 통해서 동원홈푸드에 압력을 행사하여 (상호명 1 생략)에 대해 피자치즈와 소스의 공급을 하지 못하도록 한 것은 외형상 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단 및 공정거래법 시행령 36조 제1항 [별표 1의2] 제8호 라목 소정의 기타의 사업활동방해의 행위 유형에 해당할 수 있을 것으로 보인다.

- (iii) 그러나 불공정거래행위 중 공정거래법 제23조 제1항 제5호 후단의 사업활동방해에 해당하려면 그 행위의 부당성이 인정되어야 할 것인바, 가맹점사업자로서는 가맹계약의 특성상 가맹사업 전체의 통일성과 독창성, 브랜드 명성의 확보 및 소비자의 보호 등을 위하여 가맹계약에서 정한 의무를 준수해야 할 필요가 있는 점, 그럼에도 불구하고 공소외 1은 2016. 6. 말경 (상호명 2 생략) 가맹점이나 (상호명 1 생략)에 원부자재를 납품하기 위한 구매법인으로 '㉸㉸㉸㉸'이라는 업체를 설립하여 2016. 7.경부터 동원에프앤비에서 제조한 피자치즈를 치즈 등 중간유통업체인 씨유프드를 통해 공동구매 형식으로 구매하여 60 내지 70개의 (상호명 2 생략) 가맹점들에 제공한 점, 엠피그룹으로서는 (상호명 2 생략) 일부 가맹점들에 대한 피자치즈의 사입을 방지할 필요가 있었고, 이를 위해 동원홈푸드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈와 소스의 공급을 하지 말도록 부탁한 것으로 보이는 점, 공소외 1은 동원에프앤비 측의 도움으로 씨유프드로부터 공급받던 동원에프앤비의 피자치즈와 동일하거나 그보다 나은 품질의 피자치즈를 ㉸㉸㉸㉸라는 업체로부터 공급받음으로써 피자치즈와 관련해서는 피고인 1 측의 사업활동방해로 인한 영향이 거의 없었다고 볼 수 있는 점, 동원홈푸드 소스의 경우 (상호명 2 생략)이 가맹점에 공급하는 소스가 아니었음에도 피고인 1이 직원들을 통해 동원홈푸드에 압력을 행사하여 씨유프드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 납품을 중단하게 함으로써 (상호명 1 생략)의 사업에 지장을 초래하기는 하였으나 공소외 1은 사전에 그러한 사정을 전해 듣고 ㉸㉸㉸에서 제조한 소스를 공급받아 제품 테스트를 거친 뒤, 2016. 8.경 ㉸㉸㉸에서 소스를 납품받았는바, 피고인 1의 소스 공급방해행위로 인하여 (상호명 1 생략)의 설립 및 운영 등이 심히 곤란하게 되었다고 평가하기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인 1의 위와 같은 사업활동방해행위의 부당성이 인정된다고 보기는 어렵다.

② 형법상 업무방해에 해당하는지 여부

앞서 본 법리에 의하면, 업무방해죄의 위력은 원칙적으로 피해자에게 행사되어야 하고 제3자를 향한 위력의 행사는 이를 피해자에 대한 직접적인 위력의 행사와 동일시할 수 있는 예외적 사정이 인정되는 경우에만 업무방해죄의 구성요건인 위력의 행사로 볼 수 있다.

그런데 엠피그룹의 부사장인 피고인 4와 구매팀장인 공소외 15는 동원홈푸드의 공소외 36 상무와 공소외 37 차장에게 동원에프앤비의 피자치즈가 (상호명 2 생략)의 일부 가맹점들에 사입되고 있음을 들어서 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스가 ㉸㉸㉸㉸에 납품되는 것을 중단해 달라고 요청한 점, 그에 따라 동원홈푸드에서는 씨유프드로 하여금 ㉸㉸㉸㉸에 소스 납품을 중단하도록 하였고, 엠피그룹으로부터 (상호명 2 생략)에 납품하는 샐러드 2종을 단종시키겠다는 통보를 받은 뒤, 결국 동원에프앤비로 하여금 씨유프드를 통해 ㉸㉸㉸㉸에 피자치즈가 납품되는 것도 중단시킨 점은 앞서 본 바와 같다.

그러나 엠피그룹이 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에게 직접적으로 어떠한 위력을 행사한 사실은 인정되지 아니한다.

가사 엠피그룹이 동원홈푸드에 위와 같이 ㉠㉡㉢㉣에 대한 피자치즈와 소스의 공급 중단을 요구한 행위가 동원홈푸드에 대한 위력의 행사에 해당한다고 하더라도 검사가 제출한 증거들만으로는 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위력의 행사가 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자 공소외 1과 공소외 2에 대하여 직접적으로 위력을 행사한 것과 동일시할 수 있는 특별한 사정이 인정된다고 보기는 어렵다.

또한 비록 엠피그룹의 동원홈푸드에 대한 위와 같은 요청에 따라 결과적으로 (상호명 1 생략)을 운영하는 피해자들이 동원에프앤비의 피자치즈와 동원홈푸드의 소스를 공급받지 못하게 됨으로써 (상호명 1 생략)의 영업에 대한 방해의 결과 내지 위험이 초래된 사실은 인정되지만, (상호명 1 생략)의 대표인 공소외 1은 동원에프앤비의 공소외 38과 씨유푸드의 공소외 40과 협의하여 피자치즈와 소스의 대체공급선을 확보하여 영업을 준비한 점에 비추어 보면, 피고인들의 행위로 인하여 피해자들의 영업활동에 관한 자유의사가 제압될만한 상황에 이르렀다고 보기도 어렵다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 엠피그룹의 우월적 지위를 이용하여 동원홈푸드, 동원에프앤비로 하여금 (상호명 1 생략)에 소스, 치즈 조달을 중단케 함으로써 피고인 1은 (상호명 1 생략)의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해함과 동시에 피고인 3, 피고인 4와 공모하여 위력으로 피해자 공소외 1 및 피해자 공소외 2의 (상호명 1 생략) 매장 영업업무를 각 방해하였다고 보기는 어렵다.

원심의 사실인정에는 일부 잘못이 있지만 결론에 있어서는 정당하므로, 결국 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 공소외 1을 상대로 한 형사고소의 점

(1) 원심의 판단

(가) 원심은 아래와 같이 판시하면서 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당한다는 이유로, 형사소송법 제 325조 후단에 의하여 피고인들에 대하여 무죄를 선고하였다.

(나) 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 엠피그룹은 2016. 9.경 공소외 1이 '엠피그룹이 회장의 동생을 피자치즈 거래단계에 추가하였고 이를 통해 다른 업체보다 비싼 가격으로 치즈를 공급받아 가맹사업자들에게 납품하는 방법으로 폭리를 취하고 있다'는 등의 허위사실을 인터넷 언론매체를 통해 유포하거나 (상호명 2 생략) 가맹점주들에게 전달하였고, 엠피그룹 건물 앞에서 위 허위사실이 기재된 피켓을 들고 구호를 외치며 기자회견을 하고 무기한 릴레이 농성을 하는 등으로 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반죄, 명예훼손죄, 업무방해죄를 각 범하였다는 이유로 공소외 1을 인천중부경찰서에 고소한 사실(증거기록 60쪽), 인천지방검찰청은 2016. 12. 20. 공소외 1의 위와 같은 범죄혐의에 대하여 위사람에게 비방의 목적이 있었다거나 위 사람이 고의로 허위사실을 유포하였다는 점을 인정할 수 없다는 등의 이유로 무혐의 처분을 내린 사실(증거기록 49쪽), 앞서 살펴본 바와 같이 위 고소 무렵에도 엠피그룹의 피자치즈 구매과정에 피고인 1의 동생인 피고인 2가 개입하여 중간 유통이윤 명목의 금원을 취득하여 왔었던 사실은 인정된다.

타인에 대하여 형사고소를 제기하였다고 하더라도 그 이후의 수사절차는 수사기관의 판단에 따라 다양한 양상으로 이루어지게 되는 것인바, 설령 고소의 내용에 사실과 다른 부분이 존재한다고 하더라도 그러한 점만으로 피고소인의 업무에 관한 자유의사가 제압되거나 그 사람의 사업활동이 심히 곤란하게 될 정도로 방해될 가능성이 발생한다고 보기는 어렵다.

또한 우리 형법은 타인으로 하여금 형사처분 등을 받게 할 목적으로 무고한 자에 대하여 별도의 규정을 두어 처벌하고 있으므로, 허위의 사실을 들어 타인을 고소한 것을 실질적으로 그 사람의 업무에 대한 직접적인 위력의 행사와

같은 것으로 볼 수 있는 극히 이례적인 사정이 없는 한 그와 같은 행위가 무고죄와는 별개로 그 사람이 수행하고 있는 특정한 사업이나 업무에 관하여 형사상 업무방해행위 내지 공정거래법상 사업활동 방해행위를 구성한다고 볼 수는 없다.

이 사건의 경우 공소외 1은 엠피그룹의 고소로 인하여 2016. 10. 14. 한 차례 경찰에 출석하여 조사를 받은 사실이 인정될 뿐(증거기록 232쪽) 그 외에 특별히 위 형사고소로 인하여 위 사람의 (상호명 1 생략) 등 사업 추진과 관련한 업무가 지장을 받았다는 사정이 보이지 않고, 검사가 제출한 증거를 살펴보아도 위와 같은 점을 인정할 자료가 없다. 따라서 이 부분 공소사실 중 피고인들이 공소외 1에 대한 허위 고소를 통하여 (상호명 1 생략)의 사업활동 및 공소외 1 등의 (상호명 1 생략) 매장 운영 업무를 방해하였다는 부분은 인정되지 아니한다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 공소외 1에 대한 형사고소가 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 공소외 1에 대한 형사고소의 점과 관련한 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

라) 보복출점의 점

(1) 원심의 판단

원심은, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 의하여 인정되는 다음과 같은 각 사정, 즉 ① 전국을 상권으로 삼고 있는 프랜차이즈 업체로서는 가맹점이 폐점한 경우 특별한 사정이 없는 이상 해당 상권의 공백을 메우기 위하여 해당 위치 부근에 새로운 가맹점이나 직영점의 출점을 검토하는 것이 일반적인 것으로 보이고, 그러한 출점 자체가 가맹계약이나 기타 상관습에 의하여 허용되지 않는 행위라고 보기 어려운 점, ② 공소외 2가 운영하던 (상호명 2 생략) ♣△점의 매출액은 2015. 1.경부터 2016. 10.경까지 지속적으로 감소하는 경향을 보여 왔으나(증거기록 5451쪽) 위 가맹점은 2013년경 월 평균 9,000만 원 이상의 매출이 발생하던 곳이었고(증가 제16호증), 위 가맹점 근처의 도미노 피자 매장의 경우 위 직영점 개설 무렵에도 비교적 높은 매출을 올리고 있었던 점이 인정되는바(원심 증인 공소외 43에 대한 증인신문 녹취서 34쪽), 엠피그룹이 오직 공소외 2의 업무를 방해하려는 의도로 손해를 무릅쓰고 해당 지역에 직영점을 개설하였다고 단정할 수 없는 점, ③ 공소외 1이 운영하던 (상호명 1 생략) ○○○은 고객의 내점 식사가 가능한 이른바 '다이닝 매장'이었으나 엠피그룹이 새로 개설한 (상호명 2 생략) ○○○ 직영점은 이와 다른 '배달 전용 매장'으로서 위 두 매장이 직접적인 경쟁관계에 있었다고 볼 수 없는 점(증가 제54호증의 1), ④ 다른 (상호명 2 생략) 직영점에서 시행되었던 할인행사 등 마케팅 내용에 비추어 위와 같이 ♣△ 직영점에서 행해진 마케팅이 이례적인 것이라거나 통상적인 범위를 현저히 벗어난 것으로서 그 정당성을 상실한 정도에 이른 것이라고 보기 어려운 점(증거기록 6862쪽), ⑤ 점포의 주변에 동종의 경쟁관계에 있는 점포가 들어설 경우 선행 점포의 매출액 하락이 초래되는 것은 자연스러운 일이고, 그러한 결과가 발생했다는 사정만으로 후속 점포의 적극적인 영업활동을 형법상 업무방해행위 내지 공정거래법상 불공정거래행위로 보아 처벌을 가하는 것은 각 경제주체 사이의 자유로운 경쟁을 금지하는 것으로서 이는 오히려 공정거래법의 입법 취지에 반하는 결과를 초래하게 되는 점 등을 종합하면,

검사가 제출한 증거만으로는 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 위 공소외 1과 공소외 2의 자유의사를 제압할 정도의 행동으로서 업무방해죄에서의 위력에 해당한다거나 공정하고 자유로운 경쟁이 불가능할 정도로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위로서 공정거래법이 금지하고 있는 사업활동 방해행위에 해당한다고 보기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판단하였다.

(2) 당심의 판단

기록에 비추어 살펴보면, 피고인들을 포함한 엠피그룹 측이 공소외 1과 공소외 2가 운영하는 (상호명 1 생략) 각 매장 근처에 (상호명 2 생략) 직영점을 개설하여 운영한 것이 공정거래법상 사업활동방해 및 형법상 업무방해에 해당하는지 여부에 대한 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 이 부분 공소사실이 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명되었다고 보기에 부족하며 달리 이를 인정할 만한 증거가 없다.

(3) 소결

따라서 이 부분 공소사실 중 보복출점의 점에 관련된 원심의 판단에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없으므로, 검사의 이 부분 주장은 이유 없다.

6) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 및 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점과 관련한 사실오인 내지 법리오해 주장에 대하여

가) 피고인 1의 공소외 9에 대한 가공급여 지급, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은, 공소외 9, 공소외 5에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다.

그런데 앞서 본 바와 같이, 검사는 당심에서 이 부분 공소사실에 대하여 죄명 및 적용법조를 특정경제범죄법위반(횡령)죄 및 특정경제범죄법 제3조 제1항 제1호에서 업무상횡령죄 및 형법 제356조, 제355조 제1항으로 변경하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

위와 같은 공소장변경으로 인하여 이 부분 공소사실에 대하여는 그 심판대상이 변경되었고, 아래에서 보는 바와 같이 이 법원은 이 부분 공소사실을 원심과 마찬가지로 각 업무상횡령죄로 인정하는 이상 검사의 이 부분 주장에 대하여는 별도로 판단을 요하지 아니한다.

나) 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여

원심은 이 부분 공소사실에 대하여, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령금액이 5억 원 이상에 해당함을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 피해자 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에 이유 무죄를 선고하였다.

그러나 당초 검사는 고전의 대표이사 공소외 4에 대한 가공급여 지급 부분과 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급 부분이 포괄일죄에 해당함을 전제로, 굿타임에 대한 특정경제범죄법위반(횡령)으로 기소하였는데, 원심은 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 무죄를 선고하고, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대하여는 위와 같이 판시하면서 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 횡령 부분에 대하여 각 업무상횡령죄를 인정하였다.

앞서 본 바와 같이, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 대해서는 별지 '예비적으로 추가되거나 변경된 공소사실' 중 4항 기재와 같이 교환적으로 공소장변경허가신청을 하였고, 이 법원이 이를 허가하였다.

변경된 공소사실에 대하여는 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 보는 바와 같이 유죄로 인정되는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 부분과 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 부분은 피해법익은 동일하다고 볼 수 있으나 범행 태양, 범행 시기, 이익의 귀속 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 공소외 8에 대한 가공급여 등 지급으로 인한 업무상횡령 행위와 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령) 행위는 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

다) 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여

(1) 이 부분 공소사실

피고인의 아들인 공소외 10은 엠피그룹의 부회장 직책에 있으나, 엠피그룹 내 사무실에 서류 한 장조차 존재하지 않고 사용하는 컴퓨터에 서류 파일이 전혀 없는 등 실질적으로 엠피그룹 경영에 거의 관여하지 않는 자이다.

피고인은 위 공소외 10이 2016. 9.경 지인에게 빌려주기 위해 90억 원의 대출을 받은 후 그 이자를 지급할 능력이 되지 않아서 가지고 있던 엠피그룹 주식 등을 처분하여 대출을 변제하려고 하자 공소외 10에게 "월급을 올려주겠으니 올려 준 월급으로 이자를 변제하라"고 하였다.

피고인은 2016. 11.경 위 공소외 10의 개인 채무 이자를 지급하기 위해 공소외 10의 기존 급여 21,203,340원을 91,798,660원으로 대폭 인상하여 지급한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2017. 5.경까지 별지 범죄일람표 16 기재와 같이 합계 642,458,620원을 지급함으로써 피해회사 엠피그룹에 그 차액인 합계 494,035,240원 상당의 손해를 입게 하고, 공소외 10에게 같은 액수 상당의 이익을 취득하게 하였다.

(2) 원심의 판단

원심은, 검사가 제출한 증거만으로는 위와 같은 범죄행위로 인한 피고인의 배임액이 5억 원 이상이라거나 피고인이 피고인 운영의 가맹점 관련 특정경제범죄법위반(배임)죄와 단일하고도 계속된 범의 하에 위와 같은 범죄행위를 행하였다는 사실을 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다는 이유로, 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 배임 부분에 대하여 형법상 업무상배임죄를 인정하되, 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대하여는 이유 무죄를 선고하였다.

(3) 당심의 판단

포괄일죄란 단일하고도 계속된 범의 하에 동종의 범행을 일정 기간 반복하여 행하고 그 피해법익도 동일한 경우에 성립하는 것인바(대법원 2001. 4. 10. 선고 2000도374 판결 등 참조), 검사가 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)으로 기소한 범죄 중 로열티 미수령 및 파견 직원에 대한 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점은 위에서 본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하고, 아래 [다시 쓰는 판결 이유]에서 유죄로 인정되는 (상호명 2 생략)▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 부분은 그 범행의 수단 및 방법, 범행 시기, 이익의 주체 등에 있어서 차이가 있는바, 피고인의 공소외 10에 대한 급여 지급 관련 업무상배임 행위와 ▷▷점에 대한 부당한 권리금 지급으로 인한 업무상배임 행위가 단일하고도 계속된 범의 하에 반복적으로 행하여진 것이라고 보기는 어렵다.

따라서 이 부분 원심의 판단은 정당하고, 검사의 사실오인 내지 법리오해 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2의 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분, 공소외 3, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령) 부분에는 위와 같은 직권파기 사유가 있고, 피고인 1의 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분, 엠피그룹에 대한 피고인 1 운영의 가맹점 관련 로열티 미수령 및 파견 직원 급여 미수령으로 인한 특정경제범죄법위반(배임) 부분에 대한 피고인 1의 항소, 피고인 엠피그룹의 유죄 부분에 대한 위 피고인의 항소, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 피고인 1의 특정경제범죄법위반(배임)의 점 중 (상호명 2 생략)▷▷점 관련 부분에 대한 검사의 항소는 이유 있으며, 원심판결 중 피고인 1의 무죄 부분 가운데 당심에서 유죄로 인정되는 부분과 피고인 1의 유죄 부분 가운데 당심에서 무죄로 판단된 부분을 제외한 나머지 각 죄는 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 하므로, 피고인 1, 엠피그룹 및 검사의 위 피고인들에 대한 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 피고인 1에 대한 유죄 부분과 무죄 부분 가운데 허위 유통이윤 지급으로 인한 각 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 3에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 공소외 4에 대한 가공급여 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 차명관리가맹점 권리금 지급으로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점 및 피고인 2에 대한 부분과 피고인 주식회사 엠피그룹에 대한 유죄 부분을 각 파기한다[원심판결 중 피고인 1의 끼워넣기로 인한 공정거래법위반의 점과 부당 급여인상으로 인한 엠피그룹에 대한 특정경제범죄법위반(배임)의 점에 대한 각 이유무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으나, 전자의 이유무죄 부분은 그와 일죄의 관계에 있는 부당지원행위로 인한 공정거래법위반 부분에 대한 피고인 1의 항소를 받아들여 파기하는 이상 함께 파기되어야 하고, 후자의 이유무죄 부분도 이와 일죄의 관계에 있는 업무상배임 부분이 당심에서 유죄로 인정되는 피고인 1에 대한 나머지 각 죄와 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 형법 제38조 제1항에 따라 하나의 형이 선고되어야 함에 따라 파기되어야 하는 이상 함께 파기되어야 한다]. 원심판결의 피고인 1에 대한 무죄 부분 가운데 광고비 횡령으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점, 신주인수권 저가 매도로 인한 특정경제범죄법위반(배임)의 점, 사업활동방해로 인한 공정거래법위반의 점, 각 업무방해의 점에 대한 검사의 항소, 피고인 3, 피고인 4에 대한 검사의 항소 및 피고인 주식회사 엠피그룹의 무죄 부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

광고비 횡령과 관련하여 당심에서 추가된 예비적 공소사실인 특정경제범죄법위반(배임) 부분은 앞서 2. 마. 2) 다)에서 살펴본 바와 같이 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하여야 할 것이나, 원심에서 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하였고 당심에서도 그 판단을 수긍하는 경우이므로, 당심에서 공소사실의 동일성의 범위 내에서 예비적으로 공소사실이 추가되었다고 하더라도 원심판결을 그대로 유지하면 족하고 추가된 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 무죄를 선고할 필요가 없어(대법원 1985. 2. 8. 선고 84도 3068 판결 참조), 주문에서 예비적 공소사실에 대하여 무죄를 선고하지 아니한다.