

## 배임수재·축산물가공처리법위반·사기·특정범죄가중처벌등에관한법률위

### 반(조세)·조세범처벌법위반

[서울고등법원 2013. 8. 30. 2012노803]



#### 【전문】

#### 【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 정현승, 정영진, 이상억(기소), 박석재, 이종근, 고경순(공판)

【변 호 인】 법무법인 광장 외 1인

【원심판결】 서울남부지방법원 2012. 2. 10. 선고 2010고합228, 229(병합), 2010고합8(병합) 판결

#### 【주문】

】

원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)을 파기한다.

피고인 1을 징역 1년 6월 및 벌금 40억 원에 처한다.

피고인 1이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 400만 원을 1일로 환산한 기간 피고인 1을 노역장에 유치한다.

다만, 피고인 1에 대하여는 이 판결 확정일부터 2년간 위 징역형의 집행을 유예한다.

피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 공소외 1로부터의 배임수재의 점 및 피고인 2, 피고인 3은 각 무죄.

검사의 항소를 기각한다.

#### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

#### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

#### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로 부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

#### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실

이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

#### 나. 피고인 1 및 피고인 2

##### 1) 사실오인 또는 법리오해

##### 가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

##### 나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

##### 2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의를 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월

436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게 지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금원이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

(1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

(2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ③ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를

▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉠ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ㉢ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉠㉠㉠유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ㉣ 증거로 제출된 ㉠㉠㉠㉠유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ㉤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉠㉠㉠유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ㉠ 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ㉡ 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완성품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가

부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 번복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
  - ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- 당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.
- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
  - ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인



2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ⑦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ⑧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ⑨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ⑩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ⑪ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ⑫ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ⑬ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉠ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉡ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉞ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉟ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유통일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉞ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉜ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉝ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주 식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업 실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.



단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41(공소외 30 주식회사직원), 공소외 4(주식회사 △△△△△점장)의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부

㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑 □□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가

법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉠ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉢ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉣ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉤ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉥ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉦ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉧ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렸지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.

③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소 사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

##### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

##### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

##### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광

우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 피고인 1 및 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.



다.

### 피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의를 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월 436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게

지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금원이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

#### 나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

##### (1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

##### (2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자는 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ㉠ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉡ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통

기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉡㉢유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ④ 증거로 제출된 ㉠㉡㉢유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ⑤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉡㉢유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ① 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ② 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완제품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가 부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 번복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.

당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.

- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
- ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인

2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ㉦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ㉧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ㉨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ㉩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ㊱ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ㊲ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ㊳ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉦ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉧ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉔ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉕ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

#### 나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.



오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유통일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉡ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉢ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.

단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41{공소외 30 주식회사직원}, 공소외 4{주식회사 △△△△△△점장}의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.



이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

- ① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부
- ㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑 □□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가

법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉔ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉖ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉗ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉘ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉙ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉚ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉛ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렸지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.

③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소 사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

##### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

##### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

##### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광

우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 피고인 1 및 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

### 피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

### 가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의를 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월 436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게

지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금원이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

#### 나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

##### (1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

##### (2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자는 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ㉠ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉡ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통



기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉡㉢유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ④ 증거로 제출된 ㉠㉡㉢유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ⑤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉡㉢유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ① 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ② 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완제품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가 부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 반복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
  - ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- 당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.
- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
  - ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인

2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ㉦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ㉧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ㉨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ㉩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ㊱ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ㊲ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ㊳ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉦ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉧ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉔ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉕ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

#### 나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실



원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유통일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉞ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉜ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉝ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.

단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41(공소외 30 주식회사직원), 공소외 4(주식회사 △△△△△△점장)의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

- ① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부
- ㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑 □□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가



법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉔ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉖ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉗ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉘ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉙ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉚ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉛ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렸지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.

③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소 사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

##### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

##### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

##### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광

우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 피고인 1 및 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

### 피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

### 가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의를 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월 436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게

지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금액이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

#### 나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

##### (1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

##### (2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자는 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ㉠ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉡ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통

기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉡㉢유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ④ 증거로 제출된 ㉠㉡㉢유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ⑤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉡㉢유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ① 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ② 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완제품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가 부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.



이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 반복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
  - ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- 당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.
- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
  - ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인

2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ㉦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ㉧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ㉨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ㉩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ㉪ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ㉫ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ㉬ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉭ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉮ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉔ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉕ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

#### 나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -



○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유통일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉞ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉜ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉝ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.

단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41(공소외 30 주식회사직원), 공소외 4(주식회사 △△△△△△점장)의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

- ① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부
- ㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑 □□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가

법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉔ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉖ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉗ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉘ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉙ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉚ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉛ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렀지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.



③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소 사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

##### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

##### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

##### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광

우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 피고인 1 및 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

다.

### 피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

### 가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의의 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월 436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게

지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금원이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

#### 나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

##### (1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

##### (2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자는 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ㉠ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉡ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통

기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉡㉢㉣유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ④ 증거로 제출된 ㉠㉡㉢㉣유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ⑤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉡㉢㉣유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ① 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ② 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완제품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가 부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매 과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 번복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.

당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.

- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
- ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인



2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ⑦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ⑧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ⑨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ⑩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ⑪ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ⑫ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ⑬ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉠ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉡ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉔ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉕ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

#### 나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.

오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유통일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉞ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉜ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉝ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.



단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41(공소외 30 주식회사직원), 공소외 4(주식회사 △△△△△점장)의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

- ① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부
- ㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가

법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉔ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉖ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉗ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉘ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉙ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉚ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉛ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렸지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.

③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소 사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.

### 【이유】

#### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(사실오인 또는 법리오해)

##### 1) 피고인들에 대한 공소외 1로부터의 배임수재 부분

공소외 1은 피고인들에게 주식회사 한국까르푸(현 홈플러스, 이하 '한국까르푸'라고 한다)에 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점에 따른 대가로 매장당 50만 원 및 수익의 2%를 지급하고, 이마트 입점 관련하여서는 인건비 및 경비 등을 제외한 전 수익을 지급한 것임이 명백함에도 공소외 1, 피고인 3의 한국까르푸 매장당 고정적으로 지급한 50만 원에 피고인 3의 매장관리권 양도대가가 포함되어 있다는 신빙성이 부족한 주장만을 취신하여 배임수재액을 수액 미상액으로 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

##### 2) 피고인 1, 피고인 2에 대한 피고인 3으로부터의 배임수재 부분

상피고인 3은 검찰에서 피고인 2를 통하여 피고인 1에게 커미션을 준 사실에 대하여 명확하게 진술하였고, 피고인 2의 압수물 중에는 상피고인 3으로부터 지급받은 커미션 내역이 있으며 상피고인 3 및 동인의 처인 공소외 13의 통장으로부터 공소외 9, 공소외 10 통장으로 송금된 통장내역에 비추어 볼 때 이 부분 공소사실은 충분히 유죄로 인정됨에도 불구하고 원심이 무죄로 판단한 것은 사실을 오인한 것이다.

##### 3) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법 위반 및 사기 부분

광우병 감염 우려가 있는 미국산 쇠고기 폐기 지시를 한 한국까르푸 본사 방침이 있었음이 관련자의 진술에 의하여 명백히 확인됨에도 '미국산 쇠고기 재고처리 절차' 문건에 '폐기'외에 '판매'문구가 혼용되어 있음을 이유로 그 진술을 배척하고, 냉동육의 유통기한이 10개월임은 업계의 공지사실이고, 공소외 1의 진술에 의해 유통기한을 변조한 사실이 명백히 인정됨에도 불구하고 해당 물량이 매우 많고 스티커교체시 랩포장 훼손우려가 있기에 사실상 변조하기 어려웠을 것이라는 추측에 기하여 공소외 1의 진술을 배척한 것은 논리를 비약한 것이며, 미국에서 도축작업시 광

우병 원인인자로 추정되는 SSR과 여타 쇠고기의 분리작업 과정에서 SSR이 여타 쇠고기에 묻을 수 있다는 우려가 여전한 상황임에도 본사 방침에 반하여 유통기한이 도과한 광우병 의심 쇠고기를 빼돌려 개인적인 수익을 취한 피고인들에게 무죄를 선고한 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

나. 피고인 1 및 피고인 2

1) 사실오인 또는 법리오해

가) 공소외 1로부터의 배임수재의 점(피고인들)

- ① 피고인 1은 상품개발업무를 담당하는 과장이었을 뿐, 신규납품업체를 선정하는 업무는 공소외 11, 공소외 12 과장이 담당하였기 때문에 피고인 1로서는 납품업체를 선정할 권한이 없었다.
- ② 피고인 1은 공소외 1에게 커미션을 요구하거나, 피고인 2에게 상피고인 3 및 공소외 1과 커미션에 대해 상의할 것을 지시한 사실이 없다.
- ③ 공소외 1이 ☆☆☆기능성돈육의 유통 판매와 관련된 상피고인 3의 모든 권리와 의무를 인수하였기 때문에 당초 약정된 바에 따라 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 송금할 의무를 부담하게 된 것일 뿐이다.
- ④ 원심은 공소외 1이 피고인 1에게 어떠한 '부정한 청탁'을 하였다는 것인지 전혀 밝히지 않고 있고, 공소외 1이 피고인 1에게 신규납품업체가 될 수 있도록 한국까르푸에 추천해 달라고 요청하였다고 전해하더라도 이는 피고인 1의 일상적이고 통상적인 정당한 업무추진을 요청한 것에 불과하여 부정한 청탁이 될 수 없다.

나) 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세), 조세범처벌법위반 부분(피고인 1)

- ① ◇◇축협과 한국까르푸 등과의 거래는 실제로 축산물의 공급이 이루어진 주체들 사이의 축산물 공급이었고, ◇◇축협유통사업단을 위해 위장된 거래가 아니었다.
- ② ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협으로 하여금 대형할인점에 대한 원활한 상품공급이 이루어질 수 있도록 부분육 가공과 유통인력을 보충할 수 있게 하여 주었고, ◇◇축협유통사업단이 별도의 사업자등록을 하지 않았던 것은 ◇◇축협의 대형할인점들에 대한 Onestop 업체 요건을 갖추기 위한 것이지, 조세를 포탈하려는 의도에 의한 것이 아니다.
- ③ 사업자등록을 마치지 아니한 미등록업체를 운영한다거나 세금을 단순히 납부하지 않은 것만으로는 조세포탈죄가 성립하지 아니한다.
- ④ 이 사건 조세포탈죄가 공소제기에 이르게 된 배경과 그 경위에 비추어 볼 때 이 부분 공소제기는 검사에게 개인적 감정이나 지방적 특수사정 또는 일시적 흥분에 의하여 좌우되지 않고 국가적 입장에서 공평무사하게 공소권을 행사하라고 기소독점권한을 부여한 취지를 멸각시키는 "공소권 남용"에 해당한다.
- ⑤ 검찰의 피고인 1 등을 상대로 한 압수·수색은 위법한 것이었고 위법한 압수·수색을 통해 수집한 오염된 증거들인 세무 회계관련 자료들이 서울지방국세청에 제시됨으로 인해 검찰은 결국 수사의 단서로서 제2차적 증거에 해당하는 고발 관련 자료를 입수하였던 것이므로 이 사건 조세포탈죄의 해당 증거들은 위법수집증거배제 원칙에 따라 증거능력이 부정되어 무죄가 선고되어야 한다.

2) 양형부당(피고인들)

피고인들에 대한 원심의 선고형(피고인 1 : 징역 2년 6월 집행유예 4년, 벌금 40억 원, 피고인 2 : 징역 1년, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.



다.

### 피고인 3(사실오인)

피고인은 상피고인 1에게 ☆☆☆ 돈육 납품과 관련하여 부정한 청탁을 하지도 않았고, 상피고인 1의 도움으로 ☆☆☆ 돈육을 한국까르푸에 납품하게 된 것도 아니다.

## 2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관한 판단

### 가) 피고인 1, 피고인 2의 상피고인 3으로부터의 배임수재 부분

원심은 증거를 종합하여, ① 상피고인 3은 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 피고인 2로부터 매월 자금을 지급받아 이 자금으로 양돈농가 등으로부터 돈육을 매입하여 이를 한국까르푸에 납품한 다음 그 납품대금으로 피고인 2에게 위 돈을 갚아 나가는 식으로, 피고인 2로부터 돈육납품 사업에 상당한 금액의 자금을 지원받았던 것으로 보이는 점, ② 위 자금 지원 기간과 이 부분 배임수재 기간은 상당 부분 중복되고(2004. 4.경부터 2004. 11.경까지 8개월), 위와 같이 상피고인 3이 피고인 2로부터 2년이 넘는 장기간 동안 돈육납품 사업에 필수적인 돈육매입대금 명목의 돈을 지원받았다면, 그 지원이 끝난 후(2004. 12.경부터 2006. 5.경까지 6개월)에도 매출액 중 일정 비율에 해당하는 금원을 피고인 2에게 투자이익금 등으로 지급하는 방식의 거래도 사회통념상 충분히 가능한 거래 내용으로서 달리 부당하게 불리한 거래라고 단정할 수도 없을 뿐만 아니라, 상피고인 3은 2004. 11. 22. 이후로도 자금 지원이 전혀 안 된 것은 아니고 2005년에도 돈이 필요한 경우 자금 지원을 받았다고 진술한 점, ③ 피고인 2의 위 자금 지원의 규모, 빈도, 기간 및 그 자금의 사용용도 등을 고려했을 때, 이 부분 공소사실 기재 배임수재액에 해당하는 금액이 일반적인 이자나 투자이익금으로 볼 수 없을 정도로 많은 금액이라고 단정할 만한 근거가 기록상 나타나지 않는 점 등의 사정을 종합하여 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 투자이익금이라고 볼 여지가 없는 것이 아니라고 할 것이므로, 위 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원심과 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당하다.

이에 더하여 기록에 의하여 나타나는 사정들 즉, ① 상피고인 3은 2002. 5. ~ 6.경 한국까르푸에 자신이 운영하는 <<육가공이 아닌 공소외 39 주식회사의 납품코드를 이용하여 돈육을 납품하기 시작하였는데 한국까르푸로부터 삼겹살 성수기 등 특정시기에 집중적으로 돈육을 납품하는 돈육조달능력을 인정받고, 2002. 7. ~ 8.경 한국까르푸로부터 <<육가공 명의를 상품납품코드를 개설 받았던 점, ② 상피고인 3은 돈육을 구입하기 위하여 양돈농가 또는 지역축협에 선 지급하여야 할 돈육구입자금이 부족하여 제대로 돈육을 납품하지 못할 지경에 이르자, 피고인 1에게 돈육구입자금의 지원을 요청하였고, 이에 피고인 1은 상피고인 3에게 피고인 2를 소개시켜 주었던 점, ③ 상피고인 3은 피고인 2와 사이에 피고인 2가 돈육구입자금을 조달하여 주는 대신 상피고인 3은 피고인 2에게 한국까르푸에 대한 매출액 중 4%를 지급하되 다만 그 지급비율은 향후 시장 상황에 따라 낮추어 조정하기로 약정하였고, 피고인 2는 상피고인 3에 대한 자금 회수를 담보하기 위하여 상피고인 3의 처 공소외 13 명의로 개설한 한국까르푸 돈육 납품대금결제계좌를 관리하면서 매월 결제대금 중 매출액 4%(2004. 이후에는 2%로 조정됨)를 제외한 나머지 금원을 상피고인 3에게 송금하였던 점, ④ 피고인 2가 상피고인 3에게 2002. 9.경부터 2004. 11.경까지 매월 436,000,000원 상당의 돈육구입자금을 지원하였던 점, ⑤ 배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁의 대가로 재물이나 재산상의 이익을 수수하여야 성립하는 범죄인데, 상피고인 3이 위 약정에 따라 피고인 2에게

지급한 한국까르푸에 대한 돈육매출액 중 4~2%에 해당하는 금액이 피고인 1에게 전달되었거나 실질적으로 귀속되었다고 볼 아무런 자료가 없는 점, ⑥ 피고인 1은 당시 한국까르푸에서 상품개발과장으로 근무하면서 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하고 있었고, 정육구매, 납품업체 및 매장관리 업무는 공소외 11 과장과 공소외 38 과장이 나누어서 담당하였으므로 한국까르푸로 돈육을 납품하도록 납품업체를 선정하는 업무는 피고인 1의 업무라고 볼 수 없는 점을 더하여 보면, 피고인 1, 피고인 2가 피고인 3으로부터 교부받은 별지 범죄일람표 3 기재 금액이 부정한 청탁의 대가라는 점에 대하여 합리적 의심을 배제할 만한 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 한 원심의 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장은 받아들이지 아니한다.

#### 나) 피고인 1, 피고인 2에 대한 축산물가공처리법위반 및 사기 부분

##### (1) 구 축산물가공처리법(2008. 2. 29. 법률 제8852호로 개정되기 전의 것, 이하 같음) 제33조 제1항 제2호 위반 부분

원심은 ① 농림부장관이 작성한 '광우병발생 추정 관련 조치사항'의 기재에 의하더라도 농림부는 미국산 쇠고기 SRM의 판매 중단 조치만 취한 점, ② 국립수의과학검역원에 대한 사실조회 결과를 보아도 '판매 중단 조치 당시 국내에 수입된 미국산 쇠고기는 광우병과 직접 연관성은 없으나 대국민 안심 차원에서 시중에 유통 중인 미국산 쇠고기 SRM 제품에 한하여 반송 또는 폐기조치토록 하였고 기타 살코기에 대하여는 아무런 조치도 취하지 않았으며, 일본에서도 마찬가지로 조치를 취한 사실'만 인정되는 점, ③ 공소사실에는 한국까르푸가 'SRM 뿐만 아니라 매장에 진열 및 보관 중인 모든 미국산 쇠고기 일체의 폐기'를 결정하였다고 되어 있으나, 한국까르푸의 내부 문서인 '미국산 쇠고기 재고처리 절차'의 기재에 의하면, '미국산 쇠고기 재고를 반품 처리하여 이를 상품의 종류와 품질에 따라 분류한 다음, 도매나 식자재 등으로 일괄 판매 또는 폐기한다.

'고 되어 있어 과연 한국 까르푸가 SRM 이외의 모든 미국산 쇠고기를 폐기하기로 결정하였는지도 의문인 점 등의 사정을 종합하여 '모든 뼈의 골수에 광우병 원인체가 있을 가능성을 배제할 수 없다'는 일부 학자들의 견해를 소개한 인터넷 신문기사 등의 기재만으로 이 사건 미국산 쇠고기가 광우병에 걸렸을 가능성이 있는 등 유해물질 포함 우려가 있는 축산물에 해당한다고 단정할 수 없고, 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정과 판단은 정당하다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

##### (2) 구 축산물가공처리법 제33조 제1항 제9호 위반 부분

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 14는 이 사건 미국산 LA 갈비는 랩 포장을 하고 제품표기사항 스티커를 붙인 후 다시 랩 포장을 하기 때문에 스티커를 칼로 오려내면 랩도 같이 뜯어진다고 진술한 점에 비추어 과연 랩까지 같이 떨어지게 됨에도 불구하고 수천 개(3 내지 4.5kg/12.758톤)에 달하는 포장 랩의 스티커를 칼로 오려냈다는 공소외 1의 진술을 그대로 믿을 수 있을지 의문인 점, ② ▽▽냉장 냉동창고에 입고된 쇠고기의 제조일자는 "2003. 11. 20., 2003. 11. 21., 2003. 11. 27., 2003. 12. 7., 2003. 12. 10., 2003. 12. 11., 2003. 12. 12."로서 모두 2004. 6. 30.을 기준으로 유통기한 10개월이 경과하지 않는데, ㉠ 피고인들이 수천 박스에 달하는 LA 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 운반하던 도중에, 그 훼손된 랩을 복구하고, 다시 변조된 스티커를 붙여 정상적으로 보이게 한 후, 위 갈비세트를 ▽▽냉장 냉동창고에 입고하였거나, ㉡ 아니면 ▽▽냉장 측과 공모하여 일단 입고확인서는 허위로 작성한 다음 ▽▽냉장 창고에 보관하면서 위 ㉠ 항과 같은 작업을 하였다는 점에 관하여 피고인 1이 작성한 "그 상태에서 유통

기한 연장이 가능한가, 제조업체에서 연장한 라벨이 가능한가"라는 메모의 기재만으로는 위와 같은 점들을 인정하기에 부족하고 달리 이를 인정할 만한 증거가 없는 점, ③ 이 사건 미국산 LA 갈비 포장에 관여한 ㉠㉡㉢유통 내지 그 자회사인 공소외 15 주식회사의 직원들인 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술은 모두 "정확하지는 않지만 2003년 당시 한국까르푸에 납품한 쇠고기의 유통기한이 10개월이었던 것 같다.

"는 것으로서 6년 이상이 지난 일에 대한 위 증인들의 위와 같은 추측성 진술을 그대로 믿기는 어렵고, 냉동육의 유통기한은 반드시 10개월로 정해진 것은 아니고 12개월 또는 그 이상으로 정해지는 경우도 있는 점, ④ 증거로 제출된 ㉠㉡㉢유통이 발행한 제품표기사항 스티커는 모두 2002년도에 발행된 것으로서 2003년도에 납품한 쇠고기의 유통기한이 위 2002년도 스티커와 같이 6개월(녹색 제품부착스티커) 내지 10개월(붉은색 박스부착스티커)이라고 단정할 수 없을 뿐만 아니라, 공소외 15 주식회사는 2003. 7. 서울 ★★구청에 수입 LA 갈비의 유통기한을 제조일로부터 14개월로 한 품목제조보고서를 제출한 점에 비추어 보면 이 사건 미국산 LA 갈비의 유통기한이 10개월이라고 확신할 수도 없는 점, ⑤ 유통기한이 10개월이라고 하더라도 ▽▽냉장 입고확인서에 제조일자가 2003. 11. 20. 내지 2003. 12. 12.로 기재되어 있는 점에 비추어 볼 때, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 14의 법정진술과 ㉠㉡㉢유통이 2003. 9. 9.까지만 한국까르푸에 갈비 세트를 납품하였다는 취지의 엑셀 파일 프린트 자료의 기재만으로 이 사건 미국산 LA 갈비가 모두 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 30.부로 유통기한이 경과하였다는 점이 합리적인 의심 없이 입증되었다고 보기도 어려운 점 등을 종합하여 이 사건 미국산 LA 갈비가 2003. 8. 30. 이전에 포장된 것으로서 2004. 6. 20.부로 유통기한이 경과하였음에도, 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법 위반의 점은 그 유죄의 증거가 부족하다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 원심의 사실인정은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

이에 더하여 기록에 나타나는 다음의 사정들, 즉 ① 유통기한이 훼손되거나 표시가 없는 상품에 대하여는 냉동 창고를 운영하는 업체에서 보관을 하여 주지 않는 점, ② 당시 이 사건 미국산 LA 갈비를 구입하기 위하여 이 사건 미국산 LA 갈비 샘플을 건네 받아서 확인 점검한 공소외 18은 원심 법정에서 "가공한지 오래된 것보다도 수입한 것 자체는 진공포장이 되어 있는데 가공을 하고 난 뒤에 진공포장이 되지 않고 비닐로 랩핑이 되어 있는 상태에서 냉동창고에 들어가 있으면 시간이 오래 지나지 않더라도 저희들 경험상으로는 표면이 건조하게 되어 있습니다.

그런 상태였습니다.

"라고 진술하고, "(이 사건 미국산 LA갈비가) 완성품세트를 해체하여 다시 대충 비닐에 감싸서 스티로폼 박스에 담은 것으로 보이지 않은가요"라는 질문에 "그렇지는 않았습니다.

"라고 진술하였던 점, 이 사건 미국산 LA갈비를 구입한 공소외 37 역시 원심 법정에서 "구정때 만들어진 것으로 알고 있습니다.

2월달 선물용으로 만들어진 것으로 알고 있고 제가 봤을 때도 상품이 그 정도 밖에 안 된 것으로 봤고 그래서 추석 때 쓸 수 있는 물량이었기 때문에 매입을 한 것으로 알고 있습니다.

"라고 진술하였던 점들을 더하여 볼 때 피고인들이 허위의 유통기한이 적힌 스티커를 새로 만들어 부착하는 방법으로 위 LA 갈비를 판매하였다는 사실을 전제로 하는 이 부분 축산물가공처리법위반의 점에 대하여 그 유죄의 증거가 부족하다고 한 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있다.

따라서 검사의 이 부분 항소이유 주장 역시 받아들이지 아니한다.

### (3) 사기 부분

원심은 축산물가공처리법위반의 점에 대한 범죄의 증거가 없는 이상, 광우병 의심 우려가 있거나 유통기한이 경과한 쇠고기를 정상적인 쇠고기인 것처럼 판매함으로써 피해자들로부터 판매대금을 편취하였다는 이 사건 사기의 점은 그 유죄의 입증이 부족하다고 판단하였다.

살피건대, 이 사건 사기의 점은 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반의 점이 유죄로 인정되는 것을 전제로 하는 것인데, 피고인들에 대한 축산물가공처리법위반 부분에 대한 검사의 항소이유 주장을 받아들이지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로 이 부분 사기의 점을 무죄로 본 원심의 판단은 정당하다고 할 것이다.

따라서 이 부분 공소사실에 대한 검사의 항소이유 주장 역시 받아들일 수 없다.

#### 나. 공소외 1로부터의 배임수재의 점에 관한 판단

피고인들과 검사의 항소이유 주장을 함께 판단한다.

한편 검사는 당심에 이르러 기존의 공소사실을 그대로 유지하면서 아래 1)항 기재와 같이 피고인들의 배임수재금액을 기존의 공소사실에서 매장당 50만 원에 해당하는 부분을 제한 나머지 부분으로 감축하는 선택적 공소사실을 추가하는 내용의 공소장변경허가신청을 하였고, 당심이 이를 허가하였는데 피고인들의 항소이유 주장은 선택적 공소사실에도 공통하므로 함께 살피기로 한다.

#### 1) 각 공소사실의 요지

##### 가) 공통부분

피고인 1은 2003. 11.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥동 992-47에 있는 한국까르푸(현 홈플러스) 본사 정육구매 과장 및 부장으로 재직하다 2008. 5. 30.경 퇴사한 후 현재 공소외 32 주식회사 대표이사이자, 한국까르푸에 정육을 납품하는 공소외 26 주식회사 및 주식회사 □□□(이하 '□□□'이라 한다)을 실질적으로 운영하는 사람이고, 피고인 2는 공소외 26 주식회사의 이사로 재직하다 2005. 12. 29.경 사임한 후 현재 공소외 30 주식회사 대표이사로 근무하면서, 공소외 26 주식회사 및 □□□의 자금을 실질적으로 관리하던 사람이며, 피고인 3은 2002.경부터 2006. 6.경까지 한국까르푸에 정육을 납품한 <<육가공의 실질 운영자이다.

피고인 1은 2004. 5.경 자신이 정육구매과장 및 부장으로 근무하면서 전국 한국까르푸 매장의 정육구매권을 총괄하고 있는 것을 기회로, 한국까르푸 20개 매장에 주식회사 ○○○○○(이하 '○○○○○'이라 한다)의 ☆☆☆기능성돈육 등을 납품하게 해주는 대가로 ○○○○○의 이사인 공소외 1에게 커미션을 요구하면서 구체적인 사항은 처남인 피고인 2와 상의하게 하고, 피고인 2는 피고인 1의 지시에 따라 공소외 1 및 피고인 3과 상의한 결과, 공소외 1로부터 돈육 납품의 대가로 월 매출액의 2%(또는 4%)에 해당하는 금원을 교부받기로 하되, 피고인 3 또는 그의 처 명의의 통장을 통하여 교부받기로 하는 한편, 피고인 3은 공소외 1로부터 자신의 통장으로 송금된 커미션 중 일부를 갖기로 하였다.

##### 나) 기존 공소사실

그리하여 공소외 1은 2004. 5. 7. 9,519,586원을 피고인 3 명의의 계좌로 송금한 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6. 8.경까지 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금하였다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당 직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

다) 추가된 선택적 공소사실

그리하여 피고인들은, ○○○○○이 기능성돈육을 납품하고 한국까르푸에서 수수료(17%)를 공제한 기능성돈육 판매대금을 받아 원가와 이윤을 빼고 형식적 매장 관리자인 피고인 3 관리의 계좌로 송금하면, 피고인들은 그 돈에서 매출액의 2%와 매장당 50만 원을 공제하고 실제 매장관리자인 공소외 1에게 나머지 돈을 송금하는 방식 등으로 ○○○○○ 및 공소외 1 측으로부터 2004. 5.경 5,429,168원을 받은 것을 비롯하여 그 무렵부터 2006. 6.경까지 별지 범죄일람표 4 기재와 같이 매월 공소외 1이 관리하는 한국까르푸 내 매장의 기능성돈육 월 매출액 2%에 해당하는 합계 207,916,311원 상당의 금품을 받았다.

이로써 피고인들은 공모하여, 피고인 1의 한국까르푸 정육구매 담당직원으로서의 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다

2) 원심의 판단

가) 배임수재 범행의 성립

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1은 수사기관 및 원심 법정에서 대체로 일관되게 ☆☆☆기능성돈육을 한국까르푸에 납품하게 해 준 것에 대한 대가로 매월 매출액의 2~4%를 피고인 3, 피고인 2를 통해 피고인 1에게 지급하였다고 진술하였고, ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술도 공소외 1의 위 진술과 부합하는 점, ② 피고인 3도 원심 법정에서, "2004. 4~5.경 ☆☆☆기능성돈육에 대한 한국까르푸 내 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 '피고인 1 내지 그 처남인 피고인 2에게 월 매출액의 2~4%에 해당하는 납품 및 입점 대가를 주어야 한다.

'고 말하여 공소외 1로부터 범죄사실 기재와 같이 금원을 지급받은 다음 그 중 일부를 피고인 2에게 교부하였다.

"는 취지로 진술한 점, ③ 공소외 1이 한국까르푸 내 매장에서 ☆☆☆기능성돈육을 판매하는 데 있어서, 피고인 2가 별다른 기여를 한 바 없는 것으로 보일 뿐만 아니라, 피고인 2가 ☆☆☆기능성돈육이 한국까르푸에 납품되도록 영향력을 행사한 피고인 1의 처남이라는 점을 제외하면, 피고인 3에게 매장관리권 양도의 대가로 매장당 50만 원이나 지급한 공소외 1이 이와 별도로 피고인 2에게 매출액의 2~4%를 지급할 만한 어떠한 이유도 찾아볼 수 없는 점, ④ 피고인 1은 이 사건 ☆☆☆기능성돈육 이외에도 ◇◇축협 등 다른 업체들의 납품을 주선하는 등 한국까르푸의 정육구매를 담당하면서 납품업체 선정에 상당한 영향력을 행사하였던 것으로 보이는 점 등 제반 사정들을 종합하여, 피고인들이 순차적·암묵적으로 공모하여 이 부분 배임수재 범행을 저질렀다고 인정하기에 충분하다고 판단하였다.

나) 배임수재액

원심은 다음의 사정들, 즉 ① 공소외 1과 피고인 3은 모두 별지 범죄일람표 2 기재 금원에 포함되어 있는 '매장당 50만 원'은 피고인 3이 가지고 있던 한국까르푸 내 ☆☆☆기능성돈육 매장관리권을 공소외 1에게 양도하면서 받은 양도대금 명목의 금원이라고 진술한 점, ② 위 매장관리권이란 한국까르푸에 입점한 매장에서 직원들을 관리하는 등 영업을 함으로써 해당 매장에서의 판매로 인한 수익을 얻을 수 있는 권리로서 충분히 돈을 받고 양도할 수 있는 가치 있는 권리에 해당한다고 보이는 점, ③ 피고인 3은 수사기관에서는 위 매장당 50만 원 중 절반인 25만 원은 피고인 1, 피고인 2에게 커미션 명목으로 지급되었다는 취지로 진술하였다가 원심 법정에서 위 50만 원은 모두 양도대금

명목의 돈으로서 자신이 가졌다고 그 진술을 반복하였을 뿐만 아니라, 기록상 별지 범죄일람표 2의 금원 중 어떤 부분의 돈이 양도 대가로서의 매장당 50만 원이고 또 그 중 어떤 부분이 커미션으로서의 매장당 25만 원인지 구분할 수 있는 어떠한 객관적인 자료도 나타나지 않으며, 결국 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈으로 지급되었다는 증거는 공소외 1 및 피고인 3의 수사기관 내지 원심 법정에서의 추측성 진술밖에 없는 점, ④ 가사, 매장당 25만 원이 커미션 명목의 돈이라고 하더라도, 피고인 3이 취득한 매장당 25만 원까지 포괄하여 커미션 명목의 돈이라고 할 수는 없고 이는 양도대가로서의 금원임이 분명한 점 등의 제반 사정들을 종합하여 보면, 별지 범죄일람표 2 기재 금원 중 매장당 25만 원 내지 50만 원은 부정한 청탁의 대가라고 단정할 수 없고, 별지 범죄일람표 2 기재 돈을 월 매출액의 2~4%로서 지급한 금액과 매장당 50만 원으로 지급한 금액으로 구분할 수 있는 아무런 객관적인 증거가 없으며, 피고인 3의 제3회 공판기일에서의 진술만으로는 위와 같은 구분을 할 수 있다고 보이지 않으므로, 이 부분 배임수재 공소사실 중 배임수재 금액이 공소가 제기된 353,358,694원이라는 점에 관한 입증이 부족하여 배임수재액을 액수 미상액으로만 인정하였다.

### 3) 당심의 판단

#### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 피고인 3은 앞서 본 바와 같이 피고인 2와 사이에 돈육매입자금을 지원받되 그 대가로 한국까르푸에 납품하는 돈육 매출액의 4~2%를 피고인 2에게 지급하기로 약정하고, 피고인 2로부터 돈육매입자금을 지원받아 돈육을 매입한 뒤 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
  - ② 피고인 3은 <<육가공의 납품코드를 이용하여 한국까르푸에 직매입방식으로 일반 돈육을 납품하다가 ○○○○○을 운영하는 공소외 19로부터 돈육 구매를 요청받고 2003. 3.경부터는 ○○○○○으로부터 구입한 돈육을 한국까르푸에 납품하기 시작하였다.
- 당시 경영상태가 좋지 아니한 ○○○○○은 피고인 3으로부터 빌린 구매자금으로 돈육농가에 돈육대금을 지급하였다.
- ③ 공소외 19는 피고인 3에게 ○○○○○이 직접 한국까르푸에 돈육을 납품할 수 있게 해달라고 요청하였고, 이에 피고인 3은 공소외 19의 요구를 수용하여 ○○○○○으로부터 매출액의 4%를 지급받는 대신 한국까르푸에 직접 돈육을 납품할 수 있도록 하고, 피고인 2와는 ○○○○○으로부터 받는 매출액의 4%를 나누어 가지기로 하였다.
  - ④ ○○○○○은 피고인 3의 중개로 2003. 3.경 한국까르푸로부터 납품코드를 개설 받은 다음 위 납품코드를 이용하여 직매입방식으로 일반 돈육을 공급하였다.

- ⑤ 공소외 19는 2003. 10.경 피고인 3에게 판로를 개척하지 못하여 낮은 납품가격의 일반 돈육으로 납품하고 있던 ☆☆☆기능성돈육을 제 값을 받고 판매하고 싶다고 하면서 피고인 3이 한국까르푸에 특정매입방식의 ☆☆☆기능성돈육 수수료 매장을 개설하여 운영하면, 자신은 납품대금 중 생산원가에 일정 이윤만을 더하여 취득하고 피고인 3에게 매장운영권과 나머지 판매대금을 모두 지급하겠다는 제안을 하였다.

당시 ○○○○○이나 공소외 19에게는 한국까르푸 등에서 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 위한 직원, 판매홍보, 매장관리, 재고처리시설 및 유통 노하우, 자금 등이 없거나 부족하였다.

- ⑥ 이에 피고인 2, 피고인 3은 2003. 10.경 공소외 19와 사이에 "피고인 3이 피고인 2의 투자금으로 ☆☆☆기능성돈육의 수수료 매장을 운영하기로 하되, 그 대신 공소외 19는 ☆☆☆기능성돈육의 판매 및 유통권한을 피고인 3, 피고인

2에게 부여한다"는 취지로 구두 합의하였고, 그 뒤 2004. 9. 24. ☆☆☆포크 상표 통상사용권계약을 체결하였다.

- ㉦ 피고인 3은 2003. 12.경부터 한국까르푸 대전 ○○점에 특정매입방식으로 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 열어 ○○○○○의 ☆☆☆기능성돈육을 판매하기 시작하였는데, ○○○○○은 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가(생체매입비용, 인건비, 포장비 등) 및 이윤을 제외한 나머지 금원을 피고인 3에게 송금하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 송금 받은 금원 중 매출액의 2%를 피고인 2에게 송금하였다.
- ㉧ 피고인 3은 2004. 4.경 피고인 2에게는 알리지 않은 채 ○○○○○의 영업이사로 있던 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육의 매장운영권을 매장 당 50만원의 수수료 및 종전에 피고인 2에게 지급하던 매출액의 2%를 공소외 1이 그대로 승계하여 부담하는 조건으로 양도하였다.
- ㉨ 한편 공소외 1은 ○○○○○에 매장운영권 양수 사실을 알리지 아니한 채 한국까르푸에서 ☆☆☆포크 매장을 운영하던 중 2004. 5.경 ○○○○○을 사직하였는데, 공소외 1의 매장 양수사실을 몰랐던 ○○○○○은 계속 피고인 3에게 한국까르푸로부터 지급받은 납품대금 중 공장도 원가와 이윤을 제외한 나머지 금원을 지급하였고, 피고인 3은 ○○○○○으로부터 지급받은 금원에서 매출액의 2%에 해당하는 금원을 피고인 2에게 지급하고, 다시 매장당 50만 원에 해당하는 금원을 공제한 뒤 나머지 금원을 공소외 1에게 지급하였다.
- ㉩ ○○○○○은 공소외 1의 ☆☆☆기능성돈육 매장운영권 양수사실을 알게 된 2004. 12.경부터 공소외 1에게 그의 어머니인 공소외 20 또는 처인 공소외 21 계좌로 ☆☆☆기능성돈육의 판매대금을 직접 지급하였고, 공소외 1은 피고인 3에게 매장당 50만 원에 해당하는 금원과 피고인 2에게 지급할 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였으며, 피고인 3은 피고인 2에게 공소외 1로부터 받은 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하였다.
- ㊱ 공소외 1은 2005. 7.경 ○○○○○으로부터 자회사인 공소외 22 주식회사를 인수하여 운영하면서 한국까르푸에 대한 ☆☆☆기능성돈육의 납품코드도 ○○○○○ 명의에서 공소외 22 주식회사 명의로 변경하여 ☆☆☆기능성돈육 판매매장을 계속 운영하였고, 이때부터 피고인 3에게는 매장당 50만 원에 해당하는 금원만을 지급하였으며, 피고인 2에게 직접 매출액의 2%에 해당하는 금원을 지급하다가 2006. 6.경 지급을 중단하였다.
- ㊲ 한편 피고인 1은 ◀▶유통 등에서 축산물 유통 업무 등을 담당하면서 축산물 상품 개발과 관련한 업무를 하던 중 2000. 1.경 한국까르푸에 스카우트되어 2003. 11.경부터 2006. 1.까지는 상품개발과장(Developer)으로, 2006. 1.경부터 2006. 6.경까지는 정육구매부장으로 근무하였는데, 상품개발과장(Developer)으로 근무할 당시에는 매장관리를 위한 업무메뉴얼의 작성, 배포, 매장 점검 및 직원 교육, 구매대상 상품 발굴 및 추천 등의 업무를 담당하였고, 신규 업체 선정 등 직접적인 구매업무를 담당하지는 않았다.
- ㊳ 한국까르푸의 신규 정육 납품업체의 선정절차는 다음과 같다
- ㉦ 상품개발과장(Developer)이 상품성 있는 업체를 개발하여 추천하면, 바이어(Buyer)로 호칭되는 구매과장이 추천된 업체와 협의를 하고 업체에 대한 1차 평가 및 실사를 한 다음 기준에 부합한 것으로 판단되면 계약체결을 희망하는 의사를 표시하게 된다.
- ㉧ 한국까르푸의 식품안전관리팀(Hygiene)은 기준에 부합하는 해당 업체에 대한 품질 및 위생상태에 대한 점검을 하여 통과여부를 결정한다.

㉔ 식품안전관리팀의 점검을 통과한 업체에 대하여 최종적으로 구매이사가 선정여부를 결정한다.

㉕ 구매이사가 납품업체로 선정하면 납품업체에 대하여 납품코드를 부여한다.

- ⑭ 피고인 1이 상품개발과장으로 근무할 당시 추천했던 일부 업체들에 대해서도 한국까르푸의 납품업체 선정절차에 따른 바이어의 실사 및 식품안전관리팀의 품질 및 위생 상태에 대한 점검에서 통과되지 못하여 납품업체로 선정되지 못한 경우도 있었다.

⑮ 한국까르푸의 각 지점들은 지점장이 지배인 등기가 되고 각 매장 별로 독립채산제로 운영되고 있어 까르푸 본사가 신규 돈육 납품업체를 선정하여 공지하더라도 그 선정된 납품업체가 당연히 까르푸의 각 지점에 납품할 수 있는 것이 아니라 각 지점이 본사와는 독립적으로 납품을 받을 것인지를 결정하는 체제로 운영되었다.

#### 나) 판단

- (1) 피고인 1이 공소외 1에게 금전을 요구하였는지 여부

이에 부합하는 증거로는 공소외 1의 수사기관 및 원심 법정에서의 진술 및 ○○○○○을 인수한 공소외 3 및 ○○○○○의 직원이었던 공소외 2의 진술과 피고인 3의 수사기관 및 원심 법정에서의 일부 진술이 있다. 그러나 공소외 1은 원심 법정에서 "당시 피고인 1 팀장에게 직접적으로 들은 이야기는 없지만 업계 생리상, 구조상 피고인 1 팀장에게 수익금이 보내진 것은 사실이라고 봅니다.

황사장님이 끝까지 아니라고 하면 솔직히 할 말 없지만 그에 대한 입증자료는 더 찾아보도록 하겠습니다.

"라고 진술하고, 공소외 2 역시 원심 법정에서 "(공소외 1은) 이익금을 피고인 3을 통해서 피고인 1에게 주어야 되기 때문에 당연히 적자가 될 수밖에 없다고 하였습니다.

"라고 진술하였으며, 공소외 1은 피고인 3으로부터 ☆☆☆기능성돈육 판매매장 운영권을 양도받을 당시 상황에 대하여 "피고인 3은 증인에게 위 매장당 월 50만 원 지급과는 별도로 '기존에 ☆☆☆기능성돈육의 매장을 관리하는 과정에서 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인도 동일하게 지급해야 한다'는 취지로 말한 바 있다고 하는데 사실인가요."라는 질문에 대하여 "당시 그런 이야기를 듣기는 하였습니다.

"라고 진술하였던 점, 피고인 3 역시 수사기관에서는 "매출액에 대한 약정은 피고인 1과는 아무런 상관이 없다.

", "공소외 1과의 거래납품조건이었을 뿐 피고인 1의 지시나 부탁이 있었던 것은 아니다.

"라고 진술하고, 공소외 1에게 앞서 본 바와 같이 공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 한 동업자에게 매출액의 2%를 줘야 한다고 이야기하였던 점, ○○○○○을 인수한 공소외 3은 공소외 19, 공소외 1과 피고인 3, 피고인 2와의 거래과정에 전혀 개입하지 않았던 자로서 그 스스로도 원심 법정에서 "증인이 들어본 정황으로 보아서는 확신한다는 것입니다.

", "공소외 40 전무 또는 공소외 1로부터 들었습니다.

"라고 진술한 점 등에 비추어 볼 때 공소외 1, 공소외 2, 공소외 3의 각 진술은 타인으로부터 전해 들었거나 추측에 의한 진술에 불과하고, 피고인 3의 진술은 피고인 1과의 관련성을 부인하는 것이어서 이들 각 진술만으로 피고인 1이 ○○○○○ 또는 공소외 1에게 직접 또는 간접적으로 납품의 대가로 금전을 요구하거나 이들로부터 금품을 수수하였다고 보기 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없다.



오히려 증거를 종합하여 인정되는 사정들, 즉 피고인 3은 ○○○○○이 한국까르푸에 ○○○○○ 명의의 납품코드로 돈육을 납품하기 이전에 이미 피고인 2와 사이에 피고인 3이 피고인 2의 자금으로 돈육을 구입하여 한국까르푸에 납품하고 납품대금을 지급받으면 피고인 2에게 자금지원의 대가로 매출액의 2~4%를 지급하기로 하는 계약관계를 유지하고 있었던 점, 피고인 3이 <<육가공 납품코드로 ○○○○○의 돈육을 한국까르푸에 납품하면 피고인 2와의 약정에 따라 피고인 2에게 매출액 중 2~4%에 해당하는 금액을 지급하여야 하는데 ○○○○○으로 하여금 한국까르푸에 직접 돈육을 납품하게 하면 <<육가공의 납품코드로 납품하면 얻을 수 있는 자신의 이익뿐만 아니라 매월 매출액의 2%를 지급받고 있던 피고인 2의 이익도 사라지게 되므로 이를 보전하기 위해서 ○○○○○에게 매출액의 4%에 해당하는 금액을 요구한 것으로 볼 수 있는 점, 피고인 3이 공소외 1에게 ☆☆☆기능성돈육 판매 매장 운영권을 양도할 당시 공소외 1에게 '공동투자자로서 자금 지원 등의 역할을 하며 현재의 위치에 이르는데 기여한 동업자에게 그동안 매출액의 2%를 주어 왔으니 증인(공소외 1)도 동일하게 지급해야 한다'라는 취지로 말하였던 점에 비추어 볼 때, ○○○○○과 공소외 1이 피고인 3이나 피고인 2에게 지급한 금원은 피고인 3의 지위를 그대로 승계하여 피고인 2와의 계약관계에 따라 지급하던 금원이라고 볼 여지가 충분하다.

그럼에도 피고인 1이 공소외 1에게 납품의 대가로 금전의 지급을 요구하였다고 본 원심의 판단에는 사실을 오인한 위법이 있다.

## (2) 피고인 1이 금전을 수수한 것인지 여부

배임수재죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 경우에 성립하는 것으로 타인의 사무를 처리하는 자만이 주체가 될 수 있는 신분범에 해당한다.

그리고 신분범에 있어서 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 범행에 가공한 경우 신분범의 공범이 될 수는 있지만 신분범의 신분의 지위를 취득하는 것은 아니므로 공범이 있는 신분범에 있어서 범죄구성요건의 충족 여부, 즉 범죄 성립 여부는 신분 있는 자의 행위를 기준으로 판단하여야 할 것이다.

한편 타인의 사무를 처리하는 자가 부정한 청탁을 받고 자신이 아닌 제3자에게 재물 또는 재산상의 이익을 취득하게 한 경우에는 신분이 있는 자가 제3자를 도구로 이용하여 재물 또는 재산상 이익을 취득하거나, 사회통념상 제3자가 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 사무를 처리하는 자가 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 평가되는 경우에 한하여 배임수재죄가 성립한다.

살피건대, 증거를 종합하면, ○○○○○이나 공소외 1이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 피고인 2, 피고인 3에게 별지 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급한 사실은 인정된다.

그러나 공소사실에 의하더라도 한국까르푸의 사무를 처리하는 자는 한국까르푸의 구매과장인 피고인 1이고, 피고인 2, 피고인 3은 피고인 1과 공범관계에 있는 자에 불과하므로 이 부분 공소사실이 유죄로 인정되기 위해서는 피고인 2, 피고인 3이 아닌 피고인 1이 부정한 청탁과 관련하여 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다는 사실이 인정되어야 할 것인데, 증거를 종합하면 피고인 2가 자신의 누나이자 피고인 1의 처인 공소외 24에게 2004. 2. 3., 7. 2. 같은 해 9. 2., 같은 해 9. 30., 같은 해 10. 30. 등 5회에 걸쳐서 700만원씩 도합 3,500만원, 그리고 2006. 12. 11. 2,500만 원 등 합계 6,000만 원을 입금한 사실은 인정되나, 이러한 금원이 공소외 1로부터 지급받은 금원과 연관성이 있다고 볼 만한 아무런 자료가 없을 뿐만 아니라 피고인 2가 공소외 24에게 지급한 금원의 수액, 횟수와 일시 특히 2004. 2. 3.자 700만 원은 공소외 1이 피고인 3에게 금전을 지급하기 이전에 지급된 것이고 2006. 12. 11.자 2,500만 원은 공소외

1이 금전의 지급을 중단한 이후에 지급된 것인 점에 비추어 볼 때 공소외 1로부터 지급받은 금원을 피고인 1에게 귀속시키기 위하여 공소외 24에게 위 금원을 지급하였다고 보기 어렵고, 피고인 2, 피고인 3과 피고인 1 사이에 피고인 2, 피고인 3이 재물 또는 재산상 이익을 취득한 것이 곧 피고인 1이 수수한 것과 같다고 볼 수 있을 정도로 경제적·실질적 이해관계를 같이 하는 것으로 볼 아무런 증거도 보이지 아니한다.

이러한 사정들을 종합하여 볼 때, 피고인 2, 피고인 3이 2004. 5. 7.부터 2006. 6. 4.까지 ○○○○○이나 공소외 1로부터 범죄일람표 2 기재와 같이 35회에 걸쳐 합계 353,358,694원을 지급받았다는 사실만으로는 피고인 1이 한국까르푸에의 납품과 관련하여 부정한 청탁과 함께 재물 또는 재산상 이익을 수수하였다고 볼 수 없고 달리 이를 인정할 아무런 증거가 없으므로 선택적 공소사실을 포함한 이 부분 공소사실은 모두 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

이와 달리 배임수재액을 액수미상으로 하여 이 부분 공소사실을 일부 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인한 위법이 있다.

따라서 피고인들의 이 부분 항소이유 주장은 이유 있고, 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없으며, 당심에서 추가된 선택적 공소사실은 범죄의 증거가 없는 것에 해당한다.

다.

피고인 1의 특가법위반(조세), 조세범처벌법위반 부분에 관한 판단

#### 1) 원심의 판단

원심은, ① 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하는바, 피고인이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세 신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하며, 피고인의 주장처럼 매출 관련 서류를 사무실에 그대로 보관하고 있었다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없고, ② 상피고인 2가 작성한 영업실적표가 위법하게 수집된 증거라고 하더라도, ③ 피고인이 원심 법정에서 범죄사실 기재와 같은 소득이 발생한 사실 자체는 인정하면서 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 미신고 행위에 불과하다는 주장만 하고 있는 점, ④ 위 영업실적표가 발견되지 않았다고 하더라도 피고인에 대한 배임수재 등 혐의를 수사하는 과정에서 나타난 ◇◇축협유통사업단 운영과 관련한 다른 자료들을 근거로 세무조사 의뢰가 충분히 가능하였을 것이라고 보이는 점, ⑤ ◇◇축협의 한국까르푸 및 이마트에 대한 매출 거래내역, ◇◇축협이 한국까르푸 등으로부터 받은 납품대금 중 일정 비용을 공제하고 ◇◇축협유통사업단 대표 공소외 7에게 송금한 입금내역을 토대로 피고인의 소득금액을 추계조사 결정할 수 있었는데, 위 영업실적표가 발견되어 이를 근거로 추계 소득금액보다 더 적은 소득금액 결정이 이루어져 결과적으로 위 영업실적표는 피고인 1에게 유리한 자료로 사용된 점 등을 종합하여 보면, 위 세무조사 결과 현출된 위 영업실적표를 제외한 나머지 판시 각 증거들까지 그 증거능력을 부정할 수 없는 점들을 이유로 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

#### 2) 당심의 판단

##### 가) 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거를 종합하면 다음 사실들을 인정할 수 있다.

- ① 공소외 1은 2008. 6.경 '피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 돈육 납품업체인 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 일정 비율에 해당하는 상납금을 매월 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였고, 공소외 1로부터 피고인 3 및 피고인 3의 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 상납금을 받았다'는 등 배임수재 등의 내용으로 피고소인을 피고인 1로 한 고소장을 서울남부지방검찰청에 접수하였다.
- ② 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의 사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 2. 6. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 1차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

나. 사기(피의자 피고인 1, 공소외 11, 피고인 2)

다.

배임수재(피의자 피고인 1, 피고인 3)

라. 공갈(피의자 피고인 1, 피고인 2)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 미국산 쇠고기 폐기관련 서류, 축산물 납품업체 선정 및 납품 관련 서류, 매입·매출관련 장부, 입출금통장, 업무일지 등
2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 미국산 쇠고기 폐기업무 및 축산물 납품 관련업무 등에 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB 메모리 등
3. 피의자들의 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실
- 경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실(대표이사 공소외 5, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 3 생략)♠♠빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실(대표이사 공소외 28, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 4 생략)◆◆빌딩 401호 공소외 27 주식회사 사무실(대표이사 공소외 29, 피의자 피고인 1 실질운영 업체)
- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사 사무실(대표이사 피고인 2)
- 피의자 피고인 1의 주거지
- 피의자 공소외 11의 주거지
- 피의자 피고인 2의 주거지 등

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '피의자 피고인 1, 피고인 3의 공동범행 [돈육 납품 관련 배임수재]

피의자 피고인 1은 2004. 5.경부터 2006. 6.경까지 서울 금천구 시흥1동 992-47호 소재 한국까르푸(현 홈플러스)에서, 피해자 돈육 납품업체인 위 ○○○○○ 이사 공소외 1에게 한국 까르푸 납품업체 선정 또는 ☆☆☆기능성돈육 납품 및 판매매장 입점의 대가로 월 매출액의 2% 내지 4%에 해당하는 상납금을 매월 피의자 피고인 3의 계좌로 송금하도록 요구하였다.

위 요구에 따라 피의자 피고인 3은 동인 및 처 공소외 13 명의 계좌를 이용하여 위 공소외 1로부터 2004. 5. 7. 9,519,586원을 송금 받은 것을 비롯하여 그 시경부터 2006. 6. 8.까지 범죄일람표 1 기재와 같이 총 35회에 걸쳐 총 353,358,694원을 송금 받은 후, 이를 위 피고인 1의 장모인 공소외 9의 계좌로 다시 송금하였다.

이로써 피의자들은 공모하여, 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물을 취득하였다.

' 등

- ③ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장의 압수수색 장소인, ㉠ 경기 성남시 (주소 9 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 상피고인 2로부터 공소외 9 한미은행통장, 공소외 10 하나은행통장, 그린푸드 통장, 입금별 발생현황 등 문서 3부(배임수재 관련), 피고인 2 자필 작성의 무통장입금증, 피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등), 거래확인 영수증 및 무통장입금증, '참고인 조사내용' 기재서류 등을 압수하고, ㉡ 서울 강남구 (주소 3 생략)△△빌딩 302호 공소외 26 주식회사 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 28로부터 창고거래 명세표 철, ▽▽▽▽▽ 발송공문 및 사업자등록증, 컴퓨터를 압수하였으며, ㉢ 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 2009. 2. 10. 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수하였고(공소외 4로부터 압수한 물품에 대해서는 압수조서가 작성되지 않았다), ㉣ 서울 강남구 (주소 1 생략)▷▷▷▷빌딩 12~20층 공소외 25 주식회사 본사 재무, 회계, 전산, 검수부서 사무실에서 2009. 2. 11. 공소외 12로부터 '미국산 쇠고기 재고처리절차' 서류 등을 압수하였다.

수사관들은 위 압수당시 피압수자인 상피고인 2, 공소외 28, 공소외 4, 공소외 12에게 상세 압수목록을 따로 교부하지 아니하였다.

- ④ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시하였으나(검사는, ㉤ 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식적 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, ㉥ 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였다), 상피고인 2로부터 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)'을 임의로 제출받거나 새로운 압수수색영장을 발부받지 아니하였다.
- ⑤ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 축산물가공처리법위반 등 혐의사건 수사를 진행하면서 서울남부지방법원에 압수수색영장을 청구하였고, 2009. 3. 19. 서울남부지방법원 판사로부터 아래와 같은 내용의 영장(이하 '이 사건 2차 영장'이라고 한다)을 발부받았다.

- 압수수색영장 내용 -

○ 피의자 : 1. 피고인 1, 2. 공소외 11, 3. 피고인 2

○ 죄명 : 가. 축산물가공처리법위반(피의자들)

나. 사기(피의자들)

○ 압수할 물건

1. 위 압수·수색·검증할 장소에 보관하거나 관리하고 있는 매입·매출관련장부, 입출금통장, 업무일지, 냉동, 냉장창고 입·출고내역, 축산물 유행일지, 축산물임가공 내역 등 폐기 미국산 쇠고기를 운반, 보관, 가공, 판매하였다고 의심될 만한 서류 일체.

2. 위 압수·수색·검증할 장소에서 1항과 관련하여 사용 중인 컴퓨터 서버, 본체, 씨디, 디스켓, USB메모리 등 피의자들의 위 범죄행위에 제공되었거나 범행과 관련된 컴퓨터, 주변기기 등 정보처리장치 일체.

○ 압수수색할 장소·신체·물건

- 서울 강남구 (주소 5 생략)공소외 30 주식회사, 주식회사 △△△△△△ 사업장 및 사무실(각 피의자 피고인 2 대표이사, 피의자 피고인 1의 동생 공소외 5 대표이사)

- 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

- 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실(LA갈비 매입업체)

○ 영장 범죄사실 및 압수를 필요로 하는 사유

- '[축산물가공처리법 위반]

누구든지 유해물질이 들어있거나 기타 사유로 인체의 건강을 해할 우려가 있는 축산물을 판매의 목적으로 보관하여서는 아니된다.

그럼에도 피의자 피고인 1은 위와 같이 회수한 폐기대상 쇠고기 19.5톤을 2004. 1.경부터 같은 해 9.경까지 약 9개월 동안 충남 금산군 진산면 두지리에 있는 위 ○○○○○ 냉동창고에 판매의 목적으로 보관토록 하였다.

'등

⑥ 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 2차 영장의 압수수색 장소인, ㉞ 부산시 사하구 (주소 8 생략)공소외 35 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 20. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)을 압수하였고, ㉜ 경기 안산시 상록구 (주소 6 생략)▽▽▽▽▽▽{(주)▽▽▽▽▽▽} 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 23. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등)를 압수하였으며, ㉝ 경기 하남시 (주소 7 생략)공소외 34 주식회사 사업장 및 사무실에서 2009. 3. 24. LA갈비 매입관련 서류(압수물 제출 확인서 등), 한국까르푸 LA갈비 반품보고서 및 LA물품 보관증 등을 압수하였다.

⑦ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 2. 서울지방국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서,◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세포탈 자료로 이 사건 1차 영장 집행 당시 상피고인 2로부터 압수한 '피고인 1 실질운영 법인관련 서류철(◇◇축협중부유통사업단 계약서 등)' 중 축산물 가공 위탁운영계약서, 까르푸 계약서 주요사항, 까르푸 거래계약서, 직매입 거래계약서(이하 '이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거'라고 한다) 등과 공소외 7, 공소외 33에 대한 검사 작성 진술조서를 세무조사 의뢰서에 첨부하였다.

⑧ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 4. 30. 및 2009. 5. 1. 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5에게 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 물품 중 피고인, 상피고인 2, 상피고인 3에 대한 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어

각 환부하였는데, 공소외 28, 공소외 29, 공소외 5는 위 각 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 위 공소외 6에게 위와 같이 환부 받은 물품 일체를 각 임의제출하였다.

한편, 공소외 5가 위 제출 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에는 서울 강남구 (주소 5 생략)주 식회사 △△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 USB(이하 '이 사건 USB'라 한다)는 기재되어 있지 않았다.

⑨ 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6은 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 위 피고인 2가 작성한 '영업실적표' 파일을 발견하였다.

⑩ 상피고인 2는 피고인의 지시에 따라 ◇◇축협유통사업단의 회계 및 자금을 담당하면서 ◇◇축협유통사업단의 영업 실적표를 매년 작성하였는데 년도별 매출액, 비용(정육매입비용, 판매 및 관리에 따른 인건비, 임차료, 급여, 운반 및 가공비 등) 부분을 잘 정리해 두고 있었고, 이 사건 피고인의 미납부 소득세액도 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것이다.

나) 판단

#### (1) 공소권 남용 여부

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈한 경우에는 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있으나, 자의적인 공소권의 행사로 인정되려면 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 그에 관하여 미필적이나마 어떤 의도가 있음이 인정되어야 한다(대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결 등 참조).

이 사건에서 보면, 서울남부지방검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장 집행 당시까지 피고인에 대한 ◇◇축협유통사업단 운영 관련 조세범처벌법위반 혐의와 관련하여 제보를 받거나 조사한 사실이 없었는데, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 통하여 ◇◇축협유통사업단 실질 운영 관련 피고인에 대한 조세범처벌법위반의 혐의점을 발견하고 수사를 개시한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 위법하게 수집된 증거인 사실은 아래 2. 다.

(2). (나) 항에서 살피는 바와 같으나, 이와 같은 사정만으로 검사가 피고인에게 실질적인 불이익을 주기 위한 의도가 있었다고 단정하기 어렵다.

결국 피고인의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 없다.

#### (2) 이 부분 공소사실에 부합하는 증거들의 증거능력 유무

(가) 헌법 및 형사소송법 등 관련 규정 및 법리

① 헌법 제12조 제1항 후문은 '누구든지 법률에 의하지 아니하고는 ... 압수·수색 ... 을 받지 않도록' 규정하고, 같은 조 제3항은 "체포·구속·압수 또는 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

다만, 현행법인인 경우와 장기 3년 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 도피 또는 증거인멸의 염려가 있을 때에는 사후에 영장을 청구할 수 있다"고 규정하고 있고, 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되어 2007. 12. 21.부터 시행된 것)은, '법원은 필요한 때에는 증거물 또는 몰수할 것으로 사료하는 물건을 압수할 수 있다.

단, 법률에 다른 규정이 있는 때에는 예외로 한다'(제106조 제1항), '압수한 경우에는 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다'(제129조), '수사기관은 범죄수사에 필요한 때에는 지방법원판사에게 청구하여 발부받은 영장에 의하여 압수, 수색 또는 검증을 할 수 있다'(제215조), '제106조, 제118조 내지 제135조의 규정은 검사 또는 사법경찰관의 본 장의 규정에 의한 압수, 수색 또는 검증에 준용한다'(제219조)고 규정하고 있다.

또한 형사소송법 제308조의2는 '적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다'고 규정하고 있다.

② 위와 같이 기본적 인권 보장을 위하여 압수수색에 관한 적법절차와 영장주의의 근간을 선언한 헌법과 이를 이어받아 실체적 진실 규명과 개인의 권리보호 이념을 조화롭게 실현할 수 있도록 압수수색절차에 관한 구체적 기준을 마련하고 있는 형사소송법의 규범력은 확고히 유지되어야 한다.

그러므로 헌법과 형사소송법이 정한 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거는 기본적 인권 보장을 위해 마련된 적법한 절차에 따르지 않은 것으로서 원칙적으로 유죄 인정의 증거로 삼을 수 없다.

다만 위법하게 수집한 압수물의 증거능력 인정 여부를 최종적으로 판단할 때에는, 수사기관의 증거 수집 과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정, 즉 절차 조항의 취지와 그 위반의 내용 및 정도, 구체적인 위반 경위와 회피가능성, 절차 조항이 보호하고자 하는 권리 또는 법익의 성질과 침해 정도 및 피고인과의 관련성, 절차 위반행위와 증거수집 사이의 인과관계 등 관련성의 정도, 수사기관의 인식과 의도 등을 전체적·종합적으로 살펴볼 때, 수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 아니하고, 오히려 그 증거의 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련하여 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려고 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다.

이는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거를 기초로 하여 획득한 2차적 증거의 경우에도 마찬가지여서, 절차에 따르지 아니한 증거 수집과 2차적 증거 수집 사이 인과관계의 희석 또는 단절 여부를 중심으로 2차적 증거 수집과 관련된 모든 사정을 전체적·종합적으로 고려하여 예외적인 경우에는 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다(대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결, 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401 판결 등 참조).

(나) 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

① 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거가 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물인지 여부

이 사건 1차 영장은 '피고인 1', '공소외 11', '피고인 2'를 각 피의자로 하여 ㉠ 광우병 의심 미국산 쇠고기를 호주산으로 둔갑하여 판매목적으로 보관하고 유통기한이 경과하여 판매하였다는 축산물가공처리법위반 혐의사실, ㉡ 위와 같이 폐기대상인 미국산 쇠고기를 호주산 수입육인 것처럼 기망하여 판매하였다는 사기 혐의사실, ㉢ 공소외 1에게 한국까르푸 납품업체 선정 및 판매매장 입점의 대가로 금원을 수수하였다는 배임수재 혐의사실, ㉣ 공소외 1에게 이마트 수익을 주지 않으면 한국까르푸 매장에 더 이상 납품을 하지 못하게 하겠다며 협박하여 이마트 수익을 교부받았다는 공갈 혐의사실 등을 각 혐의사실로 하여 발부된 것으로서, 피고인, 상피고인 2, 공소외 11에 대한 위 각 혐의사건과 관련된 자료를 압수하라는 취지가 명백하므로, 이 사건 1차 영장에 기재된 범죄사실과 전혀 다른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실에는 그 효력이 미치지 아니한다고 봄이 상당하다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물로 볼 수 없다.

② 이 사건 1차 영장을 집행한 장소가 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"인지 여부

헌법 제12조에 의한 영장주의의 원칙은 수사기관의 자의적인 강제처분의 행사에 대한 사법적 통제를 주된 목적으로 하는 것으로서 집행실시기관의 권한남용을 방지하고 국민의 신체 및 주거의 안정성을 보장하기 위해서 인정된 것이고, 형사소송법 제114조가 압수수색영장에 수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것은 이른바 일반영장의 폐해를 방지하려는 데 그 입법취지가 있다 할 것이므로, 압수수색영장에는 압수수색할 장소를 구체적, 개별적으로 특정하여야 한다.

그런데, 이 사건 1차 영장에 적시된 "압수할 장소"는 '경기 성남시 (주소 2 생략)□□□ 사무실'인 사실, 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장에 의하여 '경기 성남시 (주소 2 생략)공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실'에서 상피고인 2로부터 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 사실은 앞서 본 바와 같은바, 위 수사관들이 이 사건 1차 영장에 구체적, 개별적으로 특정되어 적시된 "□□□ 사무실"과 지번만 같을 뿐인 "공소외 30 주식회사, 공소외 31 주식회사, 공소외 32 주식회사, 공소외 27 주식회사 사무실"에서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 압수한 것은 헌법상 영장주의의 원칙 및 형사소송법에서 압수수색영장에 압수수색할 장소를 적시하도록 규정하고 있는 것의 입법취지에 비추어 적법한 것이라고 할 수 없으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.

이에 대하여 검사는, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시되자 검찰의 수사를 회피하려는 목적에서 실질적으로는 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음에도, 고의적으로 □□□ 및 공소외 30 주식회사의 각 사무실을 혼동케 하여 수사를 방해하려고 하였다고 주장하므로 살피건대, 검사가 제출한 증거에 의하면 이 사건 1차 영장 집행 당시 □□□의 법인등기부상 본점 소재지가 성남시 분당구 (주소 2 생략)이었던 사실을 인정할 수 있으나, 증인 공소외 41(공소외 30 주식회사직원), 공소외 4(주식회사 △△△△△△점장)의 원심에서의 법정 진술, 증인 공소외 5(피고인의 동생)의 당심에서의 법정 진술 및 피고인 측이 제출한 증제1호증(공소외 41 작성 진술서), 증제2호증(공소외 4 작성 진술서)의 각 기재에 의하면, □□□의 식육포장처리업 부분이 2007. 8. 30. 폐업된 후 □□□의 축산물 유통 관련 영업 부분만이 존속된 채 성남시 (주소 2 생략)에서 서울 강남구 (주소 5 생략) 2층 소재 주식회사 △△△△△△ 사무실로 이전되어 관리되고 있었던 상황이었다는 사실을 인정할 수 있는바, 피고인, 상피고인 2가 이 사건 수사가 개시된 후에도 실질적으로 성남시 수내동에서 □□□을, 서울 강남구 개포동에서 공소외 30 주식회사를 각 운영하였음을 전제로 한 검사의 위 주장은 나아가 살필 필요 없이 받아들일 수 없다.

③ 압수목록 교부 여부

형사소송법 제129조에서 압수목록을 교부하도록 한 것은, 압수물의 존부·형상변경 등을 둘러싸고 벌어질 수 있는 여러 논란을 사전에 차단하고, 피압수자들의 압수물에 대한 환부·가환부청구권 등 각종 권리행사를 보장하려는 데 있으므로, 압수목록은 압수경위 및 압수물의 내역을 알 수 있도록 정확하게 기재되어야 하고, 압수 즉시 또는 압수 후 신속하게 교부되어야 할 것이다.

그런데, 서울남부지방검찰청 수사관들은 이 사건 1차 영장 집행 직후 피압수자들에게 상세 압수목록을 교부하지 아니한 사실은 앞서 본 바와 같으므로, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 그러한 점에서도 절차를 위배한 잘못이 있다.



이에 대하여 검사는, 피고인 측 직원이 △△△△△△ PC에서 직접 압수물제출확인서를 작성하였으므로 명칭만 다를 뿐이지 실질적인 내용은 압수물제출확인서가 압수목록의 의미라고 주장하므로 살피건대, 피고인 측이 제출한 증거 53호증(2009. 2. 10. 이 사건 1차 영장 집행 후 작성된 압수목록 교부서(공소외 4 서명))의 기재에 의하면, '□□□ 관련 서류 23 BOX'와 같이 압수물이 포괄적으로 기재된 사실만을 인정할 수 있을 뿐이어서, 위에서 살핀 압수목록 교부의 취지 및 방식에 비추어 볼 때, 위와 같은 '압수목록 교부서'의 작성 및 교부를 압수목록의 교부로 보기는 어렵다.

#### ④ 위법한 압수와 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 증거능력

위에서 본 바와 같은 사정들, 즉 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 이 사건 1차 영장에 기재된 압수대상물이 아님에도 수사기관은 위 증거에 대하여 별도의 압수수색영장을 발부받는 등의 적법한 절차를 준수하지 아니한 점, 피압수자인 상피고인 2에게 위 증거에 대한 압수목록 교부가 이루어지지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거의 압수는 적법하게 발부된 영장에 의하지 아니하고 헌법과 형사소송법을 위반하여 행하여진 위법한 압수라고 할 것이다.

나아가 ㉠ 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 위와 같이 법관이 발부한 영장에 의하여 압수되지 아니하였고, 피압수자에게 정당한 압수목록도 교부되지 아니한 것이어서 헌법과 형사소송법에서 규정한 압수수색절차에 대한 위반의 내용과 정도가 중한 점, ㉡ 수사기관은, 이 사건 증거가 이 사건 1차 영장 범죄사실과 관련이 없는 반면 피고인에 대한 새로운 범죄의 단서 내지 증거에 해당한다는 것을 발견한 경우, 법관으로부터 새로 영장을 발부받아 당해 물건을 다시 압수하거나 당사자로부터 압수물을 임의로 제출받는 등의 적법한 절차를 거쳐야 함에도 그러한 절차를 거치지 아니한 채 만연히 피고인을 조사함으로써 압수절차에서의 위법을 용이하게 회피하려는 시도조차 하지 않은 것으로 보이는 점, ㉢ 위 증거에 대한 위와 같은 위법한 압수수색으로 인하여 적법절차와 영장주의에 의하여 보장되는 기본적 인권이 본질적으로 침해되었다고 보이는 점, ㉣ 이러한 위법행위가 없었다면 위 증거의 수집 자체가 불가능하였을 것으로 보이는 점 등의 사정을 종합적으로 살펴보면, 위 증거의 압수는 적법절차의 실질적인 내용이 침해된 경우에 해당한다.

따라서 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거는 적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거로서 형사소송법 제308조의2에 의하여 증거능력이 없다.

#### (다) 상피고인 2가 작성한 영업실적표의 증거능력

- ① 피고인의 동생인 공소외 5가 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의 제출하였는지 여부
- ㉠ 서울남부지방검찰청 수사관들은 2009. 2. 10. 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 PC 1대(관리팀장), □□□ 관련 서류 23박스, 고객사랑·□□□ 매입·매출 등 전산자료 저장 USB 1개를 압수한 사실, ㉡ 서울남부지방검찰청 담당 검사는 2009. 5. 1. 피고인의 동생인 공소외 5에게 서울 강남구 (주소 5 생략)주식회사 △△△△△△, □□□ 사무실에서 공소외 4로부터 압수한 물건 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 박스에 넣어 환부한 사실, ㉢ 공소외 5는 위 환부 일시경 동석한 서울지방국세청 세무공무원 공소외 6의 피고인에 대한 세무조사 협조를 명목으로 한 제출 요구에 따라 공소외 6에게 환부 받은 물품 일체를 제출한 사실, ㉣ 공소외 6은 피고인에 대한 조세포탈 혐의에 관하여 세무조사를 하는 과정에서 공소외 5로부터 제출받은 물품을 분석하던 중 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표 파일을 발견한 사실은 앞서 살핀 바와 같고, 위와 같은 사실에 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉤ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되

지 않은 점, ㉔ 공소외 5는 주식회사 △△△△△, □□□의 형식상 대표자로서 주식회사 △△△△△, □□□에서 압수된 이 사건 USB를 임의제출할 권한이 있다고 보이는 점 등을 더하여 보면, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 공소외 5에게 공소외 4로부터 압수한 물품 중 이 사건 공소사실과 관련 없는 물품을 환부할 때 이 사건 USB도 박스에 넣어 같이 환부하였고, 공소외 5는 공소외 6에게 이를 임의제출하였다고 봄이 상당하다.

이에 대하여 피고인 및 변호인은, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공한 것이라고 주장하므로 살피건대, 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 작성한 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상에 이 사건 USB는 기재되어 있지 않았던 사실은 앞서 살핀 바와 같으나, 앞서 본 증거에 의하여 인정할 수 있는 다음과 같은 사정 즉, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사가 2009. 4. 2. 서울지방법국세청에 피고인에 대한 조세범처벌법위반 혐의에 관하여 세무조사를 의뢰하면서, 이 사건 USB에서 발견된 피고인 2가 작성한 영업실적표를 첨부하지 않았던 점에 비추어 볼 때, 위 검사도 이 사건 USB에 영업실적표 파일이 있었던 것을 모르고 있었던 것으로 보이는 점, ㉖ 이 사건 USB에 대해서는 압수조서가 작성되지 않은 점에 비추어 볼 때, 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 소유자, 보관자 등에게 이 사건 USB를 환부하려고 한 것이 분명해 보이는 점, ㉗ 공소외 5는 환부 받은 물품을 제출할 당시 박스에 담겨진 채 환부 받은 물품과 승낙서에 첨부된 '일시 보관 서류 등의 목록' 상 물품을 일일이 대조해 보지는 않은 것으로 보이는 점, ㉘ 공소외 5가 공소외 6에게 이 사건 USB를 임의제출한 시기는 피고인이 변호인의 충분한 조력을 받고 있을 시기인 점, ㉙ 공소외 5가 공소외 6에게 환부 물품을 제출할 당시 서울남부지방법검찰청 담당 검사나 공소외 6으로부터 환부 물품의 제출을 강요받았다는 등의 사정이 특별히 엿보이지는 않는 점 등에 비추어 보면, 검찰이 서울지방법국세청에 이 사건 USB를 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 자료로써 임의 제공하였다고 볼 수는 없다.

㉚ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6이 이 사건 USB에서 영업실적표를 출력 및 파일복사한 것의 적법성 및 영업실적표의 증거능력

공소외 6이 공소외 5로부터 이 사건 USB를 피고인에 대한 세무조사 자료로써 임의 제출받은 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 공소외 6이 이 사건 USB에서 피고인 2가 작성한 영업실적표를 출력 및 파일복사한 행위는 적법절차에 따른 피고인에 대한 조세포탈 혐의사실 관련 증거의 수집으로서 적법하고, 피고인 2가 작성한 영업실적표는 증거능력이 있다.

(라) 기타 증거의 증거능력 인정 여부

#### ① 인정사실

원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, ㉛ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 이 사건 1차 영장에 의하여 압수한 압수물을 분석하던 중 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거를 발견한 다음, 2009. 3. 13. ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사하였고, 2009. 3. 16. ◇◇축협유통사업단에서 근무했던 공소외 33을 참고인 신분으로 소환하여 조사한 사실, ㉜ 서울지방법국세청은 서울남부지방법검찰청 담당 검사의 피고인에 대한 세무조사 의뢰에 따라, 위 담당검사가 참조 자료로 송부한 공소외 7, 공소외 33의 각 진술조서 및 이 사건 1차 영장에 의하여 압수된 조세포탈 증거 등을 기초로 피고인에 대한 세무조사를 수행하였고, 그에 따라 조세범칙자 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 집계표 및 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2를 상대로 한 참고인 전말서를 각 작성하였으며, 2009. 7. 22. 서울남부지방법검찰청에 피고인을 특가

법위반(조세) 및 조세범처벌법위반 혐의로 고발한 사실, ㉔ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 14. 공소외 7을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 7이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉕ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2009. 12. 22. ◇◇축협에서 근무하였던 공소외 8을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 8이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉖ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2010. 1. 7. 피고인에 대한 세무조사 경위에 관한 진술서를 작성하여 제출한 사실, ㉗ 서울남부지방법검찰청 담당 검사는 2010. 1. 12. 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6을 참고인 신분으로 소환하여 조사를 하였는데, 공소외 6이 이 부분 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 한 사실, ㉘ 서울지방법국세청 세무공무원 공소외 6은 2011. 7.경 이 부분 공소사실과 관련된 추가자료(추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별 집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, ◇◇축협 및 유통사업단매출 명세표(국세청 작성 집계표))를 제출한 사실, ㉙ ◇◇축협유통사업단의 형식상 대표였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 7이 제3회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉚ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 원심(병합되기 전 2010고합8호 사건) 증인 공소외 8이 제4회 공판기일에서 출석하여 증언거부권 및 위증의 벌을 경고 받고 선서한 후 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실, ㉛ 피고인은 원심 및 당심 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 이 사건 증거들이 위법하게 수집된 증거로서 증거능력이 없다고 다투면서 이 부분 공소사실에 대하여 진술한 사실을 인정할 수 있다.

## ② 판단

이 사건 피고인의 미납부 소득세액이 상피고인 2가 작성한 영업실적표에 기하여 계산된 것인 사실, 위 영업실적표는 적법하게 수집된 증거인 사실은 앞서 살핀 바와 같은바, 위와 같은 사실에 위 인정사실을 더하여 보면, 위 영업실적표를 기초로 수집된 공소외 7, 공소외 8이 원심 법정에서 한 각 진술, 공소외 6에 대한 검찰 진술조서, 공소외 7, 공소외 8, 공소외 36, 피고인 2에 대한 각 참고인 전말서, 공소외 6의 진술서, 수사보고(고발기관 담당 조사관 추가자료 제출), 조세범처벌법 고발서, 범칙조사보고서, ◇◇축협유통사업단 조사서, ◇◇축협계산서, 급여지급현황, ■■유통 자체 비용집행 내역, ◇◇축협 돈육·우육납품 흐름도, 공소외 7 농협계좌 흐름도, 추계조사 결정 근거 등 관련법규 사본, 월별집계표, 공소외 7 계좌 연도별 입금 명세서, 집계표는 적법하게 수집된 증거로서 각 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

또한, 피고인이 원심 및 당심 법정에서 한 진술 역시 공개된 법정에서 진술거부권을 고지 받고 변호인의 충분한 조력을 받은 상태에서 자발적으로 이루어진 것이므로, 이를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다고 할 것이다.

(3) 피고인이 ◇◇축협유통사업단을 운영하면서 세금을 납부하지 않은 행위가 조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'에 해당하는지 여부

조세범처벌법 제9조 제1항에서 말하는 '사기 기타 부정한 행위'라 함은 조세의 부과와 징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위를 말하고, 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하거나 허위의 신고를 함에 그치는 것은 여기에 해당하지 아니한다 할 것이고(대법원 2000. 4. 21. 선고 99도5355 판결 등 참조), 이러한 조세포탈죄에 있어서 범의가 있다고 함은 납세의무를 지는 사람이 자기의 행위가 사기 기타 부정한 행위에 해당하는 것을 인식하고 그 행위로 인하여 조세포탈의 결과가 발생한다는 사실을 인식하면서 부정행위를 감행하거나 하려고 하는 것이다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98도667 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 등 참조).

위 법리에 따라, 앞서 살핀 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있는 증거들을 기록에 비추어 검토하여 보면, 2. 다.

2) 항 기재 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인이 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

나아가 앞서 본 증거에 비추어 인정할 수 있는 아래 사정들에 비추어 보면 범죄사실 기재와 같이 피고인 1이 ◇◇축협과는 별도의 업체로서 중간 가공·유통업체인 ◇◇축협유통사업단을 실질적으로 운영하면서 매년 25억 원 정도의 소득을 올렸음에도, ◇◇축협 앞으로 모든 소득이 발생하는 것과 같은 외관을 형성하여 장기간 소득세신고를 하지 않은 이상, 조세포탈의 범의를 가지고 '사기 기타 부정한 행위'로서 종합소득세를 포탈하였다고 인정하기에 충분하고, 피고인이 상피고인 2로 하여금 ◇◇축협유통사업단의 영업실적표를 매년 작성하게 하였다는 등의 사정만으로는, 조세포탈의 범의가 없었다거나 단순히 세법상의 신고를 하지 않은 것에 불과하다고 할 수 없다.

① ㉞ ◇◇축협과 피고인이 실질적으로 운영한 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 '축산물 가공 위탁 운영계약서(◇◇축협 육가공공장과 ◇◇축협유통사업단 사이에 체결된 국내산 우육에 대한 벤더계약서)' 상 '제10조(세무이행)'에 "을(◇◇축협유통사업단)"은 세법에 의한 세무이행을 충실히 하여야 하며 "을"의 실추 및 부당행위로 인한 (과태료, 부과금)에 대하여 모든 책임은 "을"이 지며 민·형사상의 책임도 "을"에게 있다.

'고 기재되어 있는 점, ④ ◇◇축협 계약담당자로 근무하였던 공소외 8은 검찰에서 '피의자가 저희 ◇◇축협과 체결한 벤더계약을 보면 피의자 측에서 정육에 대한 유통·판매사업을 영위하면서 발생하는 모든 세금을 납부하기로 약정하는 조항 및 그에 따른 민·형사상 책임을 지기로 하였던 조항이 있었던 것으로 알고 있습니다'라고 진술하였고, '진술인 측 ◇◇축협과 피의자 측 ◇◇축협유통사업단은 위와 같은 벤더계약 하에 대형마트 납품사업을 진행하면서 어떤 형식으로 세금계산서를 발행하였나요'라는 검사의 질문에 대하여 '◇◇축협유통사업단에서 ◇◇축협가공공장명의로 매출계산서를 작성하고 이를 ◇◇축협에 전달하여 주는 방법으로 발행하였습니다'라고 진술하였으며, '그렇다면 결국 공식적인 납품업체인 ◇◇축협 외에 중간유통·판매업자인 유통사업단의 사업을 은폐하기 위해 위와 같은 방법으로 세금계산서를 발행한 것인가요'라는 질문에 대하여 '◇◇축협 입장에서는 위에서 언급한 내용처럼 피의자와 벤더계약을 체결할 당시 세무이행 조항을 특정하였기 때문에 당연히 피의자가 발생하는 수익에 대하여 올바른 제세신고를 하였을 것이라고 판단했습니다.

매출이 발생하여 수익이 발생하였던 상황이라면 당연히 세금을 납부하여야 하는 것이 맞습니다'라고 진술한 점에 비추어 볼 때 피고인은 ◇◇축협과 사이에 체결한 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관하여 세금을 납부하여야 함을 알고 있었던 것으로 보인다.

② ◇◇축협유통사업단은 ◇◇축협과 거래를 하면서 ◇◇축협의 산하단체로서 ◇◇축협이 직접 한국까르푸와 이마트에 우육 및 돈육을 납품하는 것처럼 보이기 위하여 별도의 사업자등록을 하지 않았을 뿐만 아니라, 2006. 9.경 사업자등록을 하기 전까지 ◇◇축협 중부지사로 불렸는바(증인 공소외 7은 원심(병합 전 서울남부지방법원 2010고합8) 법정에서 피고인의 변호인이 '◇◇축협유통사업단이라는 명칭은 2006년도에 증인 명의로 사업자등록을 하면서 처음으로 등록한 명칭이고, 그 전에는 ◇◇축협 중부지사라고도 불렸지요'라고 묻자 '예, ◇◇축협 중부지사였었습니다'라고 증언하였다), 세무당국이 ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하단체가 아닌 별개의 법인이라는 점을 인지하고, ◇◇축협유통사업단에 대해 조세포탈 혐의사실 관련 세무조사에 착수하는 것은 쉽지 않았을 것으로 보인다.

③ ◇◇축협유통사업단이 ◇◇축협의 산하기관인 것처럼 한국까르푸 및 이마트와 거래를 하고 ◇◇축협 명의의 세금계산서를 발행한 행위가 ◇◇축협의 일괄처리약정 위반으로 ◇◇축협이 한국까르푸 및 이마트와 체결한 직거래매입계약이 해지됨으로써 대형마트로의 한우 및 돈육의 판로가 막히는 것을 방지하고 직거래매입계약을 유지하기 위한 것이었다고 보더라도, ◇◇축협과 사이에 축산물 가공 위탁 운영계약의 이행에 따라 발생하는 수익에 관한 세금을 부담하기로 약정한 피고인으로서 세금 상당액을 ◇◇축협 명의로 납부하는 것으로 세금 문제를 해결할 수 있었음에도 이를 전혀 시도하지 않았다.

### 3. 결론

그렇다면, 원심판결의 유죄부분 중 피고인들의 배임수재죄 부분에 대한 피고인들의 항소는 이유 있는데, 원심은 피고인 1에 대하여 이 부분과 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)죄, 조세범처벌법위반죄 부분을 형법 제37조 전단의 경합범으로 인정하여 하나의 형을 선고하였으므로 피고인 1의 양형부당 주장을 생략한 채 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 피고인 1에 대한 원심판결 중 유죄부분(이유 무죄 부분 포함)과 피고인 2, 피고인 3에 대한 부분을 파기하여 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결하고, 원심판결 중 무죄부분에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 이를 기각하기로 하며, 당심에서 추가된 피고인들에 대한 배임수재의 선택적 공소사실에 대하여는 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고하기로 하여 주문과 같이 판결한다.