

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·자본시장과금융투자업에
관한법률위반·특정범죄가중처벌등에관한법률위반[허위세금계산서교부
등(일부인정된죄명:조세범처벌법위반)]

[대법원 2017. 9. 21. 2017도7843]



【판시사항】

- [1] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제174조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 자가 미공개중요정보를 인식한 상태에서 특정증권 등의 매매나 그 밖의 거래를 한 경우, 미공개중요정보를 이용하여 거래를 한 것인지 판단하는 기준
- [2] 횡령죄의 성립시기 및 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 소유자의 이익에 반하여 재물을 처분한 경우, 그 재물에 대한 불법영득의사를 인정할 수 있는지 여부(적극)
- [3] 공소장 변경 전·후 공소사실이 기본적 사실관계에서 동일한 경우, 새로운 공소의 추가적 제기와 다르지 않더라도 항소심에서 공소장변경을 할 수 있는지 여부(적극) / 항소심에서 공소장을 변경한 경우, 피고인의 심급의 이익을 박탈하는 것인지 여부(소극)

【참조조문】

- [1] 구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것) 제174조 제1항
- [2] 형법 제355조 제1항
- [3] 헌법 제27조 제1항, 형사소송법 제298조 제1항, 제4항, 제370조

【참조판례】

- [1] 대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도10313 판결(공2017상, 422) /
- [2] 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결(공2005상, 147), 대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결(공2016하, 1564) /
- [3] 대법원 1995. 2. 17. 선고 94도3297 판결(공1995상, 1508), 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바128 전원재판부 결정(헌공188, 1012)

【전문】

【피 고 인】

【상 고 인】 피고인들과 검사(

【변 호 인】 법무법인 지평 외 1인

【원심판결】 서울고법 2017. 5. 17. 선고 2015노3421 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다. 피고인 1의 상고를 기각한다.

【이유】

】 1. 피고인 1의 상고이유에 대하여

가. 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 벌금 납부 관련한 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정경제범죄법'이라고 한다) 위반(횡령)의 점

원심은 ① 피고인 2가 피해자 공소외 1 주식회사(이하 '공소외 1 회사'라고 한다) 명의의 계좌에서 인출한 돈으로 피고인 1에게 부과된 벌금을 납부한 경위에 대하여 피고인 1의 지시에 따른 것이었다고 진술하고 있고, 공소외 1 회사의 회계팀장이었던 공소외 2의 진술도 이에 부합하는 점, ② 회사의 대표이사가 회사 자금을 관리하는 이사에게 대표이사 개인의 벌금을 납부하도록 지시하였다면 대표이사의 별다른 구체적 지시가 없는 한 회사 자금으로 벌금 문제를 해결하리라는 점에 대하여 미필적으로 인식하거나 묵인하였다고 보는 것이 경험칙상 타당한 점, ③ 반면 피고인 1은 피고인 2에게 자신의 차명계좌에 있는 자금으로 벌금을 납부하라고 지시하였고 그 지시대로 납부하였다는 피고인 2의 말을 믿었을 뿐이라고 주장하나, 피고인 1이 일부 차명계좌 이외에는 자신의 차명계좌를 직접 관리하였는데 굳이 피고인 2가 관리하는 차명계좌를 통해 복잡한 절차를 거쳐 자금을 마련하도록 피고인 2에게 지시해야 할 합리적인 이유를 찾기 어렵고, 피고인 2로부터 벌금 납부 보고를 받고도 어느 계좌에서 자금을 마련하였는지 그 인출내역을 확인하지 않은 채 그의 말만 믿었다는 것은 벌금 액수 등에 비추어 볼 때 납득하기 어려워, 위 주장을 받아들이기 어려운 점, ④ 또한 피고인 1은 피고인 2가 피고인 1의 차명계좌에서 벌금 상당액을 인출하여 유용한 후 공소외 1 회사의 자금으로 벌금을 납부하였을 가능성이 있다고도 주장하나, 피고인 2가 피고인 1의 차명계좌 중 어느 계좌에서 벌금 납부 명목의 돈을 인출하여 유용하였다는 것인지 분명한 설명을 하지 못하고 있어 위 주장을 받아들이기 어려운 점 등의 사정을 들어, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

관련 법리와 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 형사재판에서의 증명의 정도에 관한 법리를 오해하거나, 필요한 심리를 다하지 아니하고 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 일탈하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다.

나. 각 미공개중요정보 이용에 관한 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 '자본시장법'이라고 한다) 위반의 점
구 자본시장법(2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것) 제174조 제1항 각호의 어느 하나에 해당하는 자가 미공개중요정보를 인식한 상태에서 특정증권 등의 매매나 그 밖의 거래를 한 경우에 그 거래가 전적으로 미공개중요정보 때문에 이루어진 것은 아니라고 하더라도 미공개중요정보가 거래를 하게 된 요인의 하나라고 인정된다면 특별한 사정이 없는 한 미공개중요정보를 이용하여 거래를 한 것으로 볼 수 있다(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도10313 판결 등 참조).

원심은 피고인 1이 피고인 2로부터 공소외 1 회사의 2009 사업연도 결산 결과 40여억 원의 적자가 발생하였다는 보고를 받고 그 다음 날부터 정보공개일 전날까지 차명계좌를 통해 보유하던 공소외 1 회사 주식을 매도한 점, 매도한 주식의 수량과 이로 인한 손실 회피 금액이 적지 않은 점, 피고인 1도 적자 공시가 발표되면 해당 회사의 주가가 하락하는 것이 일반적이라는 것은 알고 있었던 점, 피고인 1과 공소외 3, 공소외 4의 친분관계, 피고인 1이 공소외 3, 공소외 4에게 공소외 1 회사의 적자 발생을 알려준 시기와 공소외 3, 공소외 4가 주식을 처분한 시점과 규모 등에

비추어 보면, 피고인 1이 미공개중요정보를 거래에 이용하고 공소외 3, 공소외 4로 하여금 이용하게 한 사실을 인정할 수 있다는 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 자본시장법위반죄의 성립에 관한 법리를 오해하거나, 인과관계, 고의, 미공개정보제공에 관하여 필요한 심리를 다하지 아니하고 경험칙에 위배하여 자유심증주의의 한계를 일탈하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다.

2. 피고인 2의 상고이유에 대하여(원심의 양형 판단 부분에 관한 주장 제외)

원심은, 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 '특정범죄가중법'이라고 한다) 위반(허위세금계산서교부등)의 점에 대하여, 특정범죄가중법 제8조의2 제1항에서 정하고 있는 '영리의 목적'이란 널리 경제적인 이익을 취득할 목적을 말하는 것으로서, 과세자료의 거래를 통하여 조세를 포탈함으로써 경제적인 이익을 얻고자 하는 목적이나 부정한 이익을 얻으려는 범행의 수단으로서 재화 또는 용역을 공급하지 아니하거나 공급받지 아니하고 부가가치세법에 따른 세금계산서를 발급하거나 발급받아 경제적인 이익을 취득하려는 목적도 여기에 해당한다(대법원 2015. 5. 28. 선고 2015도146 판결 등 참조)는 법리를 설시한 다음, 증거에 의하면 피고인 2가 허위 매출·매입세금계산서를 각 발급하거나 발급받은 사실이 인정되고, 피고인 2의 진술에 의하더라도 주가 부양 등을 위하여 공소외 1 회사의 매출과 이익을 인위적으로 신장시키겠다는 인식을 가지고 허위의 세금계산서를 발급하였다는 것이어서 영리의 목적이 인정된다는 이유로, 이 부분 공소사실을 유죄로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 상고이유 주장과 같이 필요한 심리를 다하지 아니하고 법령을 위반하거나 관련 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 볼 수 없다.

3. 검사의 상고이유에 대하여

가. 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 17번 관련 항령의 점

원심은 피고인 2에 대한 이 사건 공소사실 중 단독범행인 특정경제범죄법위반(횡령)의 점 중 원심에서 공소장변경으로 추가된 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 17번 부분에 대하여 범죄의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 무죄로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단에 채증법칙을 위반한 잘못이 없다.

나. 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 18번 관련 항령의 점

1) 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하는 경우에 성립하는 범죄로서 불법영득의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있을 때 횡령죄가 성립하고(대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결 등 참조), 보관자가 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 소유자의 이익에 반하여 재물을 처분한 경우에는 그 재물에 대한 불법영득의사를 인정할 수 있다(대법원 2016. 8. 30. 선고 2013도658 판결 등 참조).

2) 이 부분 공소사실의 요지는, 피고인 2가 공소외 1 회사의 자금을 업무상 보관하던 중 2011. 10. 4. 공소외 1 회사 계좌에서 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 회사'라고 한다)에 대여금 명목으로 1억 원을 지급하도록 한 후 2011. 10. 7. 공소외 5 회사로부터 1억 원을 교부받아 이를 임의로 사용하여 횡령하였다는 것이다.

3) 원심은, 피고인 2가 자신이 단독으로 횡령한 것이 아니라 피고인 1의 지시에 따라 자금을 마련한 것이라는 취지로 변호하고 있다고 전제한 후, 증거에 의하여 ① 2011. 10. 4. 공소외 1 회사 계좌에서 공소외 5 회사의 계좌로 1억 원이 송금된 사실, ② 공소외 5 회사의 대표이사 공소외 6은 피고인 2의 요청을 받고 같은 날 위 공소외 5 회사의 계좌에

- 서 공소외 6 명의의 계좌로 1억 원을 이체한 뒤, 2011. 10. 5. 공소외 6의 처 명의의 계좌로 5,000만 원을, 2011. 10. 6. 공소외 7의 아버지 명의의 계좌로 2,500만 원을 각 이체한 후, 2011. 10. 7. 공소외 6 명의 계좌에서 2,500만 원, 공소외 7 명의 계좌에서 5,000만 원, 공소외 8 명의 계좌에서 2,500만 원을 각 100만 원권 수표로 총 1억 원을 인출한 사실, ③ 피고인 2의 지시를 받은 공소외 1 회사의 직원 공소외 9가 2011. 10. 7. 공소외 7로부터 위 1억 원을 전달받은 사실, ④ 위 1억 원은 공소외 1 회사의 대표이사인 피고인 1의 지인들이 대부분 사용한 사실을 인정하였다.
- 4) 위와 같은 사실관계를 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 피고인 2는 공소외 6에게 공소외 1 회사의 계좌에서 공소외 5 회사의 계좌로 1억 원을 송금할 테니 이를 즉시 다른 계좌로 이체한 후 인출하여 반환해 달라고 요청하였고 이에 따라 공소외 6으로부터 반환받은 1억 원은 공소외 1 회사가 아니라 공소외 1 회사 대표이사인 피고인 1의 지인들이 대부분 사용하였으므로, 위와 같은 피고인 2의 행위는 자기 또는 제3자의 이익을 위하여 소유자인 공소외 1 회사의 이익에 반하여 재물을 처분하는 불법영득의사를 실현시키는 행위로서 횡령행위에 해당한다고 볼 여지가 크다.
- 5) 그런데도 원심은 위와 같은 사실을 인정하고도, 위 1억 원은 피고인 1의 지인들이 대부분 사용하였던 점과 피고인 1의 지시에 따라 자금을 마련한 것이라는 취지의 피고인 2의 변소내용만을 근거로 들어 이 부분 공소사실이 증명되었다고 보기 어렵다는 이유로 이 부분 공소사실을 무죄로 판단하였다.

그러나 위에서 살펴본 법리에 따르면 이러한 원심의 판단에는 횡령죄의 성립에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

다.

공소장변경신청 불허결정의 적법성 여부

- 1) 형사소송법 제298조 제1항에는 검사의 공소장변경허가신청에 대하여 법원은 공소사실의 동일성을 해하지 아니하는 한도에서 허가하여야 한다고 규정되어 있고, 제370조에 따라 항소심에서의 공판절차에도 위 규정이 준용되지만 공소장변경의 시기에 관하여는 별도로 규정되어 있지 않다.

한편 형사소송법 제298조 제4항에는 법원은 공소장변경이 피고인의 불이익을 증가할 염려가 있다고 인정한 때에는 직권 또는 피고인이나 변호인의 청구에 의하여 피고인으로 하여금 필요한 방어의 준비를 하게 하기 위하여 결정으로 필요한 기간 공판절차를 정지할 수 있다고 규정되어 있다.

따라서 변경된 공소사실이 변경 전의 공소사실과 기본적 사실관계에서 동일하다면 그것이 새로운 공소의 추가적 제기와 다르지 않다고 하더라도 항소심에서도 공소장변경을 할 수 있다(대법원 1995. 2. 17. 선고 94도3297 판결 등 참조). 항소심에서 공소장변경을 하더라도 제1심에서 판단한 공소사실과 기본적 사실관계가 동일한 범위 내에서만 허용되기 때문에 그 변경된 공소사실의 기초를 이루는 사실관계는 제1심에서 이미 심리되었으므로, 항소심에서의 공소장변경이 피고인의 심급의 이익을 박탈한다고 보기도 어렵다(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2010헌바128 전원재판부 결정 참조).

- 2) 이 사건에서 검사는 원심 제8회 공판기일 전에 피고인 2에 대한 공소사실 중 단독범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 관하여 포괄일죄의 관계에 있는 사실을 추가하겠다고 공소장변경허가신청을 하였으나, 원심은 그 허가 여부를 결정하지 않다가 제10회 공판기일에 '공소사실의 동일성이 인정된다고 하여 항소심에서의 공소장변경이 무제한으로 허용되는 것은 아니다.

위 공소장변경허가신청은 시기적으로 볼 때 지나치게 늦고, 변경된 공소사실의 내용은 다수의 범행을 추가하고 전체 횡령 금액도 두 배 이상 늘리는 것이며 행위의 태양도 제각각이어서 단기간 내에 심리를 마치기 어려운 상황이

므로, 이를 허가할 경우 피고인의 심급의 이익과 방어의 기회를 현저하게 해칠 우려가 크고 심리부담의 증가와 심리의 장기화가 불가피하다'는 이유를 들어 위 공소장변경허가신청을 불허하였다.

3) 그러나 앞서 본 법리에 의하여 살펴보면, 항소심에서도 검사가 공소장변경허가신청을 하면 법원은 공소사실의 동일성이 인정되는지에 대하여 먼저 심리한 후 그 동일성이 인정된다면 공소장변경을 허가하여야 하는데도, 위와 같은 이유를 들어 이를 불허한 원심의 판단에는 공소장변경에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있고, 이를 지적하는 취지의 상고이유 주장은 이유 있다.

라. 그렇다면 원심판결 중 피고인 2에 대한 단독범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령)의 점에 관한 유죄부분과 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 18번 이유무죄 부분은 위와 같은 이유로 파기한다.

다만 이 부분 공소사실은 원심판결문 별지 범죄일람표 순번 17번 기재 공소사실과 포괄일죄 관계에 있고, 원심은 위 유죄부분의 공소사실이 피고인 2에 대한 공동범행으로 인한 특정경제범죄법위반(횡령), 특정범죄가중법위반, 조세범처벌법위반의 점에 대한 각 공소사실과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다는 이유로 피고인 2에 대하여 하나의 형을 선고하였으므로, 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 전부 파기한다.

4. 결론

그러므로 원심의 양형 판단 부분에 관한 피고인 2의 상고이유에 대하여 판단을 생략한 채 원심판결 중 피고인 2에 대한 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하도록 원심법원에 환송하기로 하며, 피고인 1에 대한 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 박정화(재판장) 김용덕 김신(주심) 박상옥