

대 법 원

제 1 부

판 결

사 건	2015도1504 가. 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)(피고인 2, 피고인 5에 대하여 인정된 죄명, 피고인 3, 피고인 4에 대하여 일부 인정된 죄명 : 조세범처벌법위반) 나. 조세범처벌법위반 다. 횡령
피 고 인	피고인 1 외 6인
상 고 인	피고인들 및 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대하여)
변 호 인	법무법인 광장 외 5인
원 심 판 결	서울고등법원 2015. 1. 15. 선고 2013노2810, 2014노2862(병합) 판결
판 결 선 고	2015. 6. 11.

주 문

원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 유죄 부분을

각 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

피고인 6, 피고인 7의 상고와 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 무죄 부분에 대한 상고를 모두 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 상고이유보충서 등의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고인 1의 상고이유에 대한 판단

가. 이 사건 봉안당 분양권의 양도가 재화의 공급에 해당하는지 여부

1) 구 부가가치세법(2010. 1. 1. 법률 제9915호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제1조는 제1항 제1호에서 '재화 또는 용역의 공급'을 부가가치세의 과세대상으로 규정하면서 그 제2항에서 재화라 함은 '재산적 가치가 있는 모든 유체물과 무체물'을 말한다고 규정하고 있고, 구 부가가치세법 시행령(2013. 6. 28. 대통령령 제24638호로 전부 개정되기 전의 것) 제1조 제2항은 재화에 포함되는 무체물의 하나로 '재산적 가치가 있는 권리'를 들고 있다.

이들 규정의 문언 내용과 취지, 부가가치세는 소비재의 사용·소비행위에 담세력을 인정하여 부과되는 소비세인 점, 재화인지 여부의 판단기준이 되는 재산적 가치의 유무는 그 재화의 경제적 효용가치에 의하여 객관적으로 결정되어야 하고 거래 당사자의 주관적인 평가에 따라 달라져서는 아니 되는 점 등을 종합하면, 부가가치세의 과세거래인 '권리의 공급'에 해당하기 위해서는 그 권리가 현실적으로 이용될 수 있고 경제적 교환가치를 가지는 등 객관적인 재산적 가치가 인정되어야 한다.

2) 원심과 제1심이 적법하게 채택한 증거 및 기록에 의하면 다음과 같은 사실을 알 수 있다.

가) 공소외 1은 1991. 5. 16. ○○사를 창건한 후 '대한불교 조계종 재단법인 △△회 ○○사 극락영묘전' 또는 자신의 명의로 안치기수를 25,004기로 하는 사설납골당의 설치허가를 받은 다음, 2005. 2.경까지 그중 21,833기에 대한 '납골당 안치증서'를 공사업체 등에게 공사대금의 대물변제 명목 등으로 교부한 후 자금부족으로 납골당 건축·분양 사업(이하 '납골당 사업'이라 한다)을 중단하였다.

나) 이에 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5는 공소외 2와 함께 '인수단'을 구성하여 2005. 3. 22.경 공소외 1로부터 ○○사 납골당에 대한 사업허가권 및 부동산 일체를 62억 원에 양수하는 취지의 계약을 체결한 다음, 납골당(2007. 5. 25. 장사 등에 관한 법률이 개정되면서 '봉안당'으로 명칭이 변경되었다. 이하 공소외 1이 추진하던 납골당 사업과 구분하기 위하여 '봉안당'이라 한다)의 안치기수를 80,000기 이상 증설하여 분양하는 사업(이하 '봉안당 사업'이라 한다)을 계획하고, 이를 추진하기 위하여 피고인 1을 대표자로 하는 대한불교 ○○사재단(이하 '○○사재단'이라 한다)을 설립하였다.

다) 한편 공소외 3 주식회사 등(이하 '공소외 3 회사 등'이라 한다)은 인수단과 공동으로 봉안당 사업을 추진할 의도로, 자신들이 지배하는 특수목적법인인 공소외 4 유한회사(이하 '공소외 4 회사'라 한다), 유한회사 ○○개발(이하 '○○개발'이라 한다), 공소외 5 주식회사(이하 '공소외 5 회사'라 한다)를 통하여 위 사업에 필요한 자금을 대출해 주기로 하였다.

라) ○○사재단은 2005. 4. 3.경 공소외 1과 자산부채인수 협약을 체결하여 공소외 1의 지위를 승계한 다음, 2005. 4. 6.경 피고인 3, 피고인 2, 피고인 5 및 공소외 2를

대신하여 인수단에 참여한 피고인 4와 사업약정을 체결하면서, '인수단이 ○○사재단에 봉안당 사업에 필요한 자금으로 80억 원 이상을 지원하고, ○○사재단으로부터 장차 보유하게 될 봉안당 분양권 35,000기를 양수받아 투자자금을 회수한다'고 약정하였고, 인수단은 봉안당 안치기수를 80,000기 이상 증설하는 업무를 담당하기로 하였다.

마) 그 후 인수단은 2005. 6. 13. 공소외 4 회사와 분양권 양도약정(이하 '이 사건 2005. 6. 13.자 약정'이라 한다)을 체결하면서, '인수단이 공소외 4 회사에 봉안당 분양권 35,000기를 350억 원에 양도하고, 공소외 4 회사가 약정의 체결과 동시에 100억 원을 지급하여 인수단으로 하여금 ○○사재단으로부터 봉안당 분양권 35,000기를 매입하도록 하며, 그 분양으로 인한 이익금을 인수단과 공소외 4 회사가 50%씩 배분한다'고 약정한 다음, ○○사재단으로부터 받은 봉안당 분양권 35,000기를 공소외 4 회사에 양도하고 합계 150억 원을 받아 그중 80억 원을 ○○사재단에 지급하였다.

그러나 인수단이 봉안당 안치기수를 80,000기 이상 증설하는 의무를 이행하지 못하자, 인수단, ○○사재단, 공소외 4 회사는 2007. 9. 20. 인수단이 봉안당 사업에서 탈퇴하는 대신 ○○사재단으로부터 양수한 봉안당 분양권의 기수를 35,000기에서 18,000기로, 그 대금을 350억 원에서 180억 원(이후 220억 원으로 증액되었다)으로 각 변경하고, ○○사재단이 인수단으로부터 회수한 봉안당 분양권 17,000기를 공소외 4 회사에서 170억 원에 양수하기로 하는 약정(이하 '이 사건 2007. 9. 20.자 약정'이라 한다)을 체결하였는데, 그 약정서에는 '인수단이 ○○사재단에 투자함으로써 취득하게 되는 봉안당 분양권을 공소외 4 회사에 매각함으로써 봉안당 사업에서 벗어나고, 공소외 4 회사는 ○○사재단이 80,000기 이상으로 인·허가를 얻는 경우 이를 초과하는 부분을 무상으로 양수하며, ○○사재단은 봉안당에 대한 인·허가가 나지 않아 봉안당 분양권의

재산적 가치가 사실상 없게 될 경우를 담보하기 위하여 공소외 4 회사가 지정하는 부동산에 대하여 근저당권을 설정한다'는 내용이 포함되어 있다.

이러한 약정에 따라 공소외 4 회사는 인수단과 ○○사재단으로부터 받은 35,000기에 대한 봉안당 분양권을 공소외 3 회사 등에 담보로 제공하고 약 390억 원을 대출받아 이를 인수단과 ○○사재단에 지급하였다.

바) 한편 ○○사재단은 2005. 5. 23.경 시공회사와 '공사대금을 봉안당 분양권 15,000기로 대물정산하되, 기존 납골묘의 설계변경을 추진하여 80,000기 이상 승인 시에 한하여 대물정산이 유효하다'고 약정하고, 2005. 6. 1. ○○개발과 '○○사재단이 ○○개발로부터 봉안당 분양권 15,000기를 1기당 100만 원으로 계산한 금원을 받아 시공회사에 대한 공사대금으로 지급한다'고 약정하였다.

이러한 약정에 따라 ○○개발은 시공회사로부터 받은 15,000기에 대한 봉안당 분양권을 공소외 3 회사 등에 담보로 제공하고 약 163억 원을 대출받아 그중 158억 8,000만 원을 시공회사에 지급하였다.

사) 아울러 인수단은 피고인 6, 피고인 7 등으로 구성된 ◇◇추모공원 추진위원회(이하 '추진위원회'라 한다)와 '추진위원회가 30,000기의 봉안당 분양권을 이용하여 공소외 1이 공사업체 등에 교부한 납골당 안치증서 21,833기를 회수하고 ○○사재단이 공소외 1로부터 인수한 공소외 1의 공사업체 등에 대한 약 130억 원의 채무를 변제한다'는 취지의 약정을 체결하였고, ○○사재단은 이를 승인하는 한편, 2005. 6. 1.경 공소외 5 회사와 '공소외 5 회사가 추진위원회로부터 납골당 안치증서 등을 매입한다'고 약정하였다.

이러한 약정에 따라 공소외 5 회사는 추진위원회로부터 받은 납골당 안치증서

15,522기 등을 공소외 3 회사 등에 담보로 제공하고 약 270억 원을 대출받아 그중 일부를 추진위원회에 지급하였다. 이와 같이 공소외 4 회사 등의 특수목적법인은 ○○사 재단 등으로부터 받은 봉안권 분양권을 공소외 3 회사 등에 담보로 제공하였을 뿐, 일반인에게 이를 전매하지 아니하였다.

아) 한편 구 매장 및 묘지 등에 관한 법률이 2001. 1. 12. 장사 등에 관한 법률로 개정되면서 사설납골시설의 설치 허가사항에서 신고사항으로 변경되었으나, 500구 이상의 유골을 안치할 수 있는 사설납골시설을 설치·관리하고자 하는 자는 민법에 의하여 납골시설의 설치·관리를 목적으로 설립된 재단법인이거나 종교단체일 것을 그 요건으로 하였다.

그런데 ○○사재단은 단지 봉안당 건축·분양으로 수익을 얻기 위한 영리법인일 뿐 민법상 설립된 재단법인이 아니었고, 종교단체로서의 실체를 가지고 있지도 않았다. 그에 따라 ○○사재단이 2006. 8. 10. 및 2007. 2. 8. 시흥시장에게 봉안당 안치기수를 25,004기에서 105,125기로 변경하는 내용의 사설봉안당 설치변경신고를 하였으나, 그 무렵 모두 반려되었고, 2008. 6. 18. 시흥시장으로부터 같은 취지의 반려처분을 받아 그 취소를 구하는 소송을 제기하였으나, 2010. 9. 30. 패소판결이 확정되었다.

이러한 사실관계를 앞서 본 법리 및 봉안당의 설치 신고는 이른바 '수리를 요하는 신고'로서 이에 대한 행정청의 수리처분이 있어야만 신고한 대로 봉안당을 설치할 수 있는 점(대법원 2011. 9. 8. 선고 2009두6766 판결 등 참조)에 비추어 살펴보면, 사설 납골당의 설치 허가 후에 발행된 '납골당 안치증서'가 표상하는 봉안당 분양권과는 달리, 봉안당 사업에 필요한 기본적인 자격 요건조차 구비하지 못한 ○○사재단이 봉안당 설치 신고가 수리되지 아니하여 봉안당을 증설할 수 없는 상태에서 인수단 등에게

이전한 이 사건 봉안당 분양권은 이를 현실적으로 이용할 수 있는 것으로서 객관적인 재산적 가치가 있는 권리에 해당한다고 보기 어렵다. 또한 이 사건 봉안당 분양권의 이전은 ○○사재단이 인수단 및 공소외 4 회사 등의 특수목적법인과 봉안당 사업을 공동으로 추진하는 과정에서 장차 위 사업이 정상적으로 진행되는 경우에 취득할 것으로 예상되는 봉안당에 대한 사업권을 그 안치기수에 의하여 수량적으로 분할하여 이전하는 방식으로 상호간의 지분을 확정된 것으로 보일 뿐, 이를 통상적인 봉안당 분양권의 양도거래로 보기도 어렵다. 따라서 이 사건 봉안당 분양권의 양도는 부가가치세 과세 거래인 재화의 공급에 해당한다고 할 수 없다.

3) 그런데도 원심은 이와 달리 이 사건 봉안당 분양권의 양도가 재화의 공급에 해당한다고 보아 위 피고인에 대한 이 부분 부가가치세 포탈의 공소사실을 유죄로 인정하였다. 이러한 원심판단에는 부가가치세 과세거래인 재화의 공급에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

나. ○○사재단에 법인세법상 과세소득이 귀속되었는지 여부

1) 구 법인세법(2010. 12. 30. 법률 제10423호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제14조 제1항은 "내국법인의 각 사업연도의 소득은 그 사업연도에 속하는 익금의 총액에서 그 사업연도에 속하는 손금의 총액을 공제한 금액으로 한다."고 규정하고, 제15조 제1항은 "익금은 자본 또는 출자의 납입 및 이 법에서 규정하는 것을 제외하고 당해 법인의 순자산을 증가시키는 거래로 인하여 발생하는 수익의 금액으로 한다."고 규정하고 있다.

2) 앞서 본 사실관계에 비추어 보면, ○○사재단은 봉안당 사업에 관한 투자자 내지 동업자의 지분을 확정하고 장차 봉안당 안치기수의 증설을 조건으로 그 지분에 상응하

는 안치기수에 대한 분양수입을 보장하는 의미로 이 사건 봉안당 분양권을 안치기수로 분할하여 인수단 등에게 이전한 것으로 봄이 타당하므로, ○○사재단이 이 사건 봉안당 분양권을 이전하면서 인수단 등으로부터 받은 금전은 모두 봉안당 사업에 관한 투자금 내지 출자금에 해당하여 구 법인세법상 과세소득에 해당하지 아니한다고 할 것이다.

3) 그런데도 원심은 이와 달리 ○○사재단이 이 사건 봉안당 분양권을 제공하면서 받은 자금이 익금에 해당한다고 보아 위 피고인에 대한 이 부분 법인세 포탈의 공소사실을 유죄로 인정하였다. 이러한 원심판단에는 구 법인세법상 과세소득에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

2. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 상고이유에 대한 판단

가. 소득세법상 과세소득에 해당하는지 여부 및 원심이 필요경비에 관한 심리를 하지 아니하였는지 여부

원심은 판시와 같은 이유로, 위 피고인들이 인수단을 구성하여 봉안당 사업에 참여하였다가 공소외 4 회사에 사업자 내지 동업자로서의 지위를 이전하고 위 사업에서 탈퇴하면서 보상금 내지 정산금 명목으로 지급받은 대가 중 봉안당 사업에 지출한 경비를 공제한 나머지는 소득세법상 과세소득에 해당한다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 소득세법상 과세소득에 관한 법리를 오해하거나 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 사기 기타 부정한 행위가 존재하는지 여부

1) 원심은 그 채택 증거들에 의하여, 위 피고인들이 봉안당 사업에 참여하였다가 탈

퇴하면서 보상금 내지 정산금 명목으로 90억 원의 수입을 얻었음에도, 사업자등록을 하지 아니한 채 세금계산서를 교부하지 않고 종합소득세를 신고하지 않은 사실, 또한 피고인 2는 처인 공소외 6 명의의 계좌로 보상금 내지 정산금을 분배받은 사실 등을 인정한 다음, 이는 단순히 세법상의 신고를 하지 아니한 것에 그친 것이 아니라 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위로서 사기 기타 부정한 행위에 해당한다는 이유로, 위 피고인들에 대한 종합소득세 포탈의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

2) 그러나 원심의 이러한 판단은 다음과 같은 이유로 그대로 수긍하기 어렵다.

구 조세법 처벌법(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 전부 개정되기 전의 것) 제9조, 구 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(2010. 1. 1. 법률 제9919호로 개정되기 전의 것) 제8조에 규정된 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'는 조세의 포탈을 가능하게 하는 행위로서 사회통념상 부정이라고 인정되는 행위, 즉 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 할 정도의 위계 기타 부정한 적극적 행위를 말하고 다른 어떤 행위를 수반함이 없이 단순히 세법상의 신고를 하지 아니하는 경우에는 여기에 해당하지 아니한다. 그리고 일반적으로 다른 사람 명의의 예금계좌를 빌려 예금하였다는 사실만으로 구체적 행위의 동기, 경위 등 정황을 떠나 어느 경우에도 적극적인 소득 은닉행위가 된다고 단정할 것은 아니지만, 차명계좌의 예입에 의한 은닉행위에 있어서도 여러 곳의 차명계좌에 분산 입금한다거나 순차 다른 차명계좌에의 입금을 반복하거나 단 1회의 예입이라도 그 명의자와의 특수한 관계 때문에 은닉의 효과가 현저해지는 등으로 적극적 은닉의도가 나타나는 사정이 덧붙여진 경우에는 조세의 부과징수를 불능 또는 현저히 곤란하게 만든 것으로 인정할 수 있겠으나, 이러한 행위가 '사기 기타 부

정한 행위'에 해당하는지 여부는 조세납부의무의 존재를 당연히 전제로 하는 것이다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2008도9436 판결 등 참조).

앞서 본 바와 같이 이 사건 봉안당 분양권의 양도가 재화의 공급에 해당하지 아니하여 부가가치세 납부의무가 성립하지 않는 이상, 위 피고인들이 부가가치세법에 따른 사업자등록을 하지 아니하고 세금계산서를 교부하지 아니한 행위는 사기 기타 부정한 행위에 해당할 여지가 없고, 위 피고인들이 종합소득세를 신고하지 않은 행위는 단순한 미신고 행위에 불과한 점, 또한 피고인 2는 신용불량 상태에 있어 처인 공소의 6 명의로 봉안당 사업에 참여하는 바람에 그 사업으로 인한 정산금을 공소의 6 명의의 계좌로 수령한 것에 불과하여 적극적인 소득 은닉의도가 있었다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 위 피고인들이 사기 기타 부정한 행위로서 종합소득세를 포탈하였다고 보기는 어렵다.

3) 그런데도 원심은 이와 달리 위 피고인들이 사기 기타 부정한 행위로서 종합소득세를 포탈하였다고 판단하였다. 이러한 원심판단에는 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위'에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.

3. 피고인 6, 피고인 7의 상고이유에 대한 판단

가. 부가가치세법상 사업자에 해당하는지 여부

원심은 그 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 위 피고인들이 추진위원회를 구성하여 ○○사재단이나 인수단과 독자적인 지위에서 공소의 1이 기존의 공사업체에 교부한 납골당 안치증서를 매입하여 이를 다시 공소의 5 회사에 양도하는 사업을 하였으므로 위 피고인들은 구 부가가치세법상 사업자에 해당한다고 판단하

였다.

관련 법리와 기록 및 납골당 안치증서는 기존에 설치 허가를 받아 분양이 가능한 납골당에 관한 것이므로 그 증서가 표상하는 권리는 현실적으로 이용할 수 있는 권리로써 객관적 교환가치가 인정되는 점에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부가가치세 납부의무자인 사업자에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 종합소득세 포탈세액이 적법하게 산정되었는지 여부

원심은 그 채택 증거들에 의하여, 위 피고인들이 납골당 안치증서의 취득가액 등을 알 수 있는 장부와 서류 등 필요경비 산정에 필요한 자료를 제출하여 달라는 요청을 받고도 이에 응하지 아니한 사실, 이에 검사는 위 피고인들이 취득한 총 수입금액에서 추계조사의 방법으로 산출한 필요경비(70.3 ~ 73.2%)를 공제한 액수를 위 피고인들의 소득금액으로 인정하여 종합소득세 포탈세액을 산정한 사실 등을 인정한 다음, 위 피고인들이 납골당 안치증서를 최대한 낮은 가격에 인수하여 이를 다시 공소외 5 회사에 1기당 80만 원에 양도함으로써 그 차액을 얻기 위한 사업을 한 점, 실제로 위 피고인들이 일부 납골당 안치증서를 1기당 80만 원 이하로 매입하였음을 인정할 증거가 있는 점, 납골당 안치증서를 가진 공사업자들이 위 피고인들을 통하지 아니하고 이를 공소외 5 회사에 직접 양도하는 것이 용이하였다고 보이지 않는 점 등을 종합하면, 추계에 의한 필요경비 산정방법이 불합리하여 수입금액의 실액을 반영하기에 적절하지 않다고 보기 어렵다는 등의 이유로, 위 피고인들에 대한 종합소득세 포탈의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상

고이유 주장과 같이 포탈세액 산정에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

다. 사기 기타 부정한 행위 및 조세포탈의 범의가 존재하는지 여부

원심은 그 채택 증거들에 의하여, 위 피고인들이 추진위원회를 구성하여 2년이 넘는 기간 동안 기존 공사업체로부터 납골당 안치증서 15,522기를 매입하여 공소외 5 회사에 12,417,600,000원에 양도하였음에도, 사업자등록을 하지 아니한 채 세금계산서를 교부하지 아니하고, 다수의 타인 명의로 거래하며 그 대금을 차명계좌로 송금받는 등 거래내역과 수익을 은닉하면서 부가가치세 및 종합소득세를 신고하지 아니한 사실 등을 인정한 다음, 이는 조세의 부과징수를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 하는 위계 기타 부정한 적극적인 행위로서 사기 기타 부정한 행위에 해당하고, 위 피고인들에게 조세포탈의 범의도 인정된다고 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 조세포탈죄의 '사기 기타 부정한 행위' 및 조세포탈의 범의에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

라. 피해자 공소외 7 소유의 443,576,000원을 횡령하였는지 여부

금전의 수수를 수반하는 사무처리를 위임받은 자가 그 행위에 기하여 위임자를 위하여 제3자로부터 수령한 금전은, 목적이나 용도를 한정하여 위탁된 금전과 마찬가지로, 달리 특별한 사정이 없는 한 그 수령과 동시에 위임자의 소유에 속하고, 위임을 받은 자는 이를 위임자를 위하여 보관하는 관계에 있다고 보아야 한다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도3681 판결 등 참조).

원심은, 판시와 같은 사정을 들어 피고인 7이 피해자 공소외 7로부터 피고인 6 등에

대한 493,576,000원의 공사대금채권의 추심을 위임받아 피고인 6으로부터 이를 전액 지급받고도 그중 5,000만 원만을 위 피해자에게 지급한 채 나머지 443,576,000원을 위 피해자를 위하여 보관하다가 임의로 소비하여 횡령하였다고 봄이 상당하다는 이유로, 피고인 7에 대한 횡령의 공소사실을 유죄로 인정하였다.

앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 논리와 경험의 법칙을 위반하고 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 횡령죄의 객체 등에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

4. 검사의 상고이유에 대한 판단

가. 피고인 1에 대한 상고이유

원심은 그 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, ○○사재단이 아닌 추진위원회가 공소외 5 회사에 이 사건 봉안당 분양권 중 8,167기를 양도하고 10,467,867,000원을 받아 이를 기존 공사대금 채권자들에게 지급하였다는 이유로, ○○사재단이 직접 공소외 5 회사에 위 봉안당 분양권 8,167기를 공급하고 그에 따른 소득이 ○○사재단에 귀속되었음을 전제로 한 위 피고인에 대한 이 부분 부가가치세 및 법인세 포탈의 공소사실을 무죄로 판단하였다.

이 사건 봉안당 분양권의 양도가 부가가치세 과세거래인 재화의 공급에 해당하지 아니하고, ○○사재단이 이 사건 봉안당 분양권을 이전받으면서 지급받은 금전이 봉안당 사업에 관한 투자금 내지 출자금으로서 구 법인세법상 과세소득에 해당하지 아니함은 앞서 본 바와 같으므로, 위와 같은 원심판단은 그 이유 설시에 일부 부적절한 점이 있으나 그 결론은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 실질과세의 원칙에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

나. 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5에 대한 상고이유

원심은 그 채택 증거들에 의하여 판시와 같은 사실을 인정한 다음, 인수단과 공소외 4 회사 사이에 이 사건 봉안당 분양권 중 18,000기가 재산적 가치가 있는 권리로서 거래되었다고 보기 어렵고, 이 사건 2005. 6. 13.자 약정 및 이 사건 2007. 9. 20.자 약정에 표시된 봉안당 분양권의 기수는 봉안당 사업에 관한 사업자와 투자자 사이의 수익 배분 또는 정산의 기준이 되는 지분 등을 표시하는 단위로 보는 것이 자연스러운 점 등에 비추어 보면, 인수단의 공소외 4 회사에 대한 위 봉안당 분양권의 양도는 봉안당 사업의 사업자 내지 동업자로서의 지위를 이전한 것으로서 부가가치세 과세거래인 재화의 공급으로 볼 수 없다는 이유로, 위 피고인들에 대한 부가가치세 포탈의 공소사실을 무죄로 판단하였다.

관련 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유 주장과 같이 부가가치세 과세거래인 재화의 공급에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

다. 유죄 부분에 대한 상고이유

검사는 원심판결 중 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 유죄 부분에 대하여도 상고하였으나, 상고장에 상고이유의 기재가 없고, 상고이유서에도 이에 대한 불복이유의 기재가 없다.

5. 결론

그러므로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 나머지 상고이유에 관한 판단을 생략한 채 원심판결 중 위 피고인들에 대한 유죄 부분을 각 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하며, 피고인 6, 피고인

7의 상고와 검사의 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 5의 무죄 부분에 대한 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 이인복 _____

 대법관 김용덕 _____

주 심 대법관 고영한 _____

 대법관 김소영 _____