



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2023-08-31

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건 2022도14957 독점규제및공정거래에관한법률위반
피 고 인 1. A 주식회사 (변경전 상호 B 주식회사)
2. C 주식회사
3. D
상 고 인 피고인들
변 호 인 변호사 박병대, 박찬익, 이민호, 이준형, 김진석, 박상원(피고인들을 위하여)
원 심 판 결 서울중앙지방법원 2022. 11. 3. 선고 2021노2041 판결
판 결 선 고 2023. 8. 31.

주 문

상고를 모두 기각한다.

이 유

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

원심은 판시와 같은 이유로 피고인들에 대한 이 사건 공소사실을 유죄로 판단한 제1



심판결을 그대로 유지하였다. 원심판결 이유를 관련 법리와 적법하게 채택된 증거에 비추어 살펴보면, 원심의 판단에 필요한 심리를 다하지 아니한 채 논리와 경험의 법칙을 위반하여 자유심증주의의 한계를 벗어나거나 특수관계인에 대한 부당한 이익제공으로 인한 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 위반죄에서 '회사에 상당한 이익이 될 사업기회', 사업기회 제공행위의 종료 시점과 공소시효의 기산점, '상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위'와 정상가격 산정의 예외, '부당한 이익제공행위'의 판단기준과 증명책임, 특수관계인의 '지시' 또는 '관여' 행위, 고의 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없다.

다만 기록에 의하면, E에 대한 검찰 진술조서의 진술 기재 중 일부 기재에 대하여 제1심이 증거로 채택하지 아니하였고 원심에서도 이를 증거로 채택하지 아니하였음을 알 수 있으므로, 원심이 이를 판시 범죄사실 인정 근거의 하나로 실시하고 있는 것은 잘못이라고 할 것이나, 이를 제외하더라도 나머지 증거들에 의하여 범죄사실을 인정하기에 충분하므로, 이러한 원심의 잘못은 판결 결과에 영향을 미쳤다고 볼 수 없고, 따라서 이 점에 관한 상고이유의 주장은 받아들일 수 없다.

원심판결에 죄수관계에 관한 법리오해의 위법이 있다는 취지의 주장은 피고인이 이를 항소이유로 삼거나 원심이 직권으로 심판대상으로 삼은 바가 없는 것을 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것으로서 적법한 상고이유가 되지 못한다.

그러므로 상고를 모두 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2023-08-31

재판장 대법관 천대엽 _____

 대법관 민유숙 _____

주 심 대법관 이동원 _____



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2022-11-22

서울중앙지방법원

제 4 - 3 형 사 부

판 결

사 건	2021노2041 독점규제및공정거래에관한법률위반
피 고 인	1. A 주식회사(변경 전 상호 : B 주식회사) 2. C 주식회사 3. D
항 소 인	쌍방
검 사	소정수(기소), 황진아, 소정수, 박병인(공판)
변 호 인	법무법인(유한) 엘케이비앤파트너스(피고인 모두를 위하여) 담당변호사 이광범, 손주철, 이평희, 이유경, 나민정 변호사 유지원(피고인 모두를 위하여)
원 심 판 결	서울중앙지방법원 2021. 7. 27. 선고 2019고단8627 판결
판 결 선 고	2022. 11. 3.

주 문

피고인들과 검사의 항소를 모두 기각한다.

이 유



1. 항소이유의 요지

가. 피고인들¹⁾

1) 사실오인 및 법리오해

가) 사업기회 제공에 대하여

① E 브랜드는 피고인 A 주식회사(이하 'B'이라 한다)의 비용으로 개발된 것이 아니라 F 주식회사(이하 'F'라 한다)와 주식회사 G(이하 'G'라 한다) 사이의 용역계약에 따라 개발되었고, G는 E 브랜드 개발에 필요한 로고, 네이밍 등의 디자인 용역 업무를 수행한 것에 불과한 점, ② B과 피고인 C 주식회사(구 H 주식회사, 이하 'H'이라 한다)는 호텔 개발 사업에 협업으로 참여한 것이고 위 사업은 F가 주도한 점, ③ F와 G 사이의 용역계약은 거래의 실질이 존재하고 그 실질에 부합하는 계약이 체결된 것이므로 계약서가 소급하여 작성되었다는 것만으로는 이를 허위의 계약으로 볼 수 없는 점, ④ F가 E 브랜드에 대한 상표권을 출원, 등록하여 독점적 권리를 갖게 된 2013. 5. 27.경 E 브랜드에 관한 사업기회 제공은 종료되었으므로 이에 대하여 2013. 8. 13. 신설된 구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 제23조의2 조항을 적용할 수 없는 점, ⑤ 이와 달리 사업기회 제공행위 종료 시점을 E 브랜드 수수료 수취의 원인이 발생한 시점으로 본다면 I 호텔이 개관한 2014. 12. 6. 사업기회 제공행위가 종료된 것이고, 그로부터 5년이 경과한 2019. 12. 26.경 이 사건 공소가 제기되어 공소시효가 도과된 점 등을 종합하면, E 브랜드 개발은 F가 주도적으로 수행한 사업으로서 F의 사업기회에 해당하거나 그렇지 않더라도 이 부분은 공소시효가 만료되어 면소가 선고되어야 한다.

나) 상당히 유리한 조건의 거래에 관하여

1) 항소이유서 제출기간 경과 후에 제출된 피고인들 변호인의 각 서면은 항소이유서에 기재된 항소이유를 보충하는 범위 내에서만 판단한다.



① H이 E 브랜드 사용계약에 따라 F에게 지급한 브랜드 수수료 중 2017. 11.이후의 마케팅 분담금에 대하여는 공정거래위원회의 고발 없이 공소가 제기되어 공소기각 판결이 선고되어야 하는 점, ② 호텔 브랜드 수수료 등에 대한 정상가격의 구체적 입증이 없어 상당히 유리한 조건에 해당하는 지 판단할 수 없는 점, ③ 다른 호텔 브랜드 사용 수수료 수준과 비교해보더라도 F가 수령한 수수료 등이 상당히 유리한 조건의 거래라고 볼 수 없는 점, ④ F는 E 브랜드 스탠다드 및 E 브랜드 품질에 맞는 호텔 운영을 위한 SOP(Standard Operation Procedure, Operation Self Audit Manual)를 제작하여 제공하는 등 종합적인 호텔 브랜드 서비스를 제공한 점, ⑤ E 브랜드 수수료는 F와 H 사이의 협상을 통해 산정된 점 등을 종합하면, E 브랜드 사용 계약이 F에 상당히 유리한 조건의 거래라고 단정할 수 없다.

다) 피고인 D의 관여 및 이익 귀속 여부

피고인 D과 J 등의 특수관계인들(이하 '이 사건 특수관계인'이라 한다)은 F로부터 주식 배당을 받거나, 그 소유 주식 매각을 통해 이익을 얻은 바가 없고, 그 밖에 이 사건 특수관계인에게 부당한 이익이 귀속된 사실이 입증되지 않았으며, 피고인 D이 사업 기회 제공, 상당히 유리한 조건의 거래행위를 지시하거나 이에 관여한 사실 및 그 고의를 인정할 증거도 없다.

라) 소결론

위와 같은 사정에도 불구하고 이 사건 공소사실을 모두 유죄로 판단한 원심에는 사실을 오인하고 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심의 각 형(피고인 A 주식회사: 벌금 5,000만 원, 피고인 C 주



식회사: 벌금 3,000만 원, 피고인 D: 벌금 2억 원)은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사(양형부당)

피고인들에 대한 원심의 위 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 피고인들의 사실오인 및 법리오해 주장 부분

1) 원심의 판단

원심은 그 판시와 같은 사정에 비추어, B은 F에 E 브랜드 상표를 취득하게 한 다음 이를 사용하여 수익을 얻을 수 있는 기회를 제공한 점, F와 H 사이의 이 사건 E 브랜드 용역거래는 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건의 거래인 점, 이로 인해 피고인 D에게 부당한 이익이 귀속되었으며 피고인 D이 위 사업기회 제공과 H의 상당히 유리한 조건의 거래행위를 지시하거나 이에 관여한 점이 모두 충분히 인정된다고 판단하고 이 사건 각 공소사실에 대하여 유죄를 선고하였다.

2) 당심의 판단

가) 사업기회 제공에 대하여

(1) 관련 법리

구 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(2020. 12. 29. 법률 제17799호로 전부 개정되기 전의 것, 이하 '구 공정거래법'이라고 한다) 제23조의2 제1항 제2호에 의하면, 공시대상기업집단에 속하는 회사는 특수관계인(동일인 및 그 친족에 한정한다)이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 회사가 직접 또는 자신이 지배하고 있는 회사를 통하여 수행할 경우 회사에 상당한 이익이 될 사업기



회를 제공하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 하여서는 아니 된다.

(2) 구체적인 판단

위 법리에 비추어, 원심이 실시한 사정에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래 각 사실 내지 사정을 보태어 보면 피고인 D, B 이 회사에 상당한 이익이 될 사업기회를 F에게 제공한 사실이 넉넉히 인정된다. 이와 결론을 같이 하는 원심의 판단은 정당하고, 여기에 위 피고인들의 주장과 같은 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 구 공정거래법 제23조의2 제1항은 사업기회를 제공하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위를 금지하고 있는데, F는 H과 2015. 12. 31. 및 2016. 10. 1. 브랜드사용계약을 각 체결하여 2018. 7.경까지 브랜드 수수료를 수취하였고, 피고인 D와 J은 F의 지분 100%를 보유하면서 위 기간 F의 자본총액 증가로 인한 지분가치의 증가를 통해 부당한 이익을 계속적으로 얻었다고 할 것이어서 이 사건의 경우 범행 종료일은 피고인 D 및 J이 자신의 지분을 H에게 무상양도한 2018. 7.경이라고 봄이 상당하다. 결국 이 사건 범행 종료일로부터 5년의 공소시효가 완성되기 전에 이 사건 공소가 제기된 사실은 명백하므로, 이 사건 범행에 대하여 공소시효가 완성되었다는 피고인들의 주장은 받아들일 수 없다.

② 피고인들은 이미 공정거래위원회의 조사 및 수사기관에서 이 사건 범행 전부를 자백하였다가 원심 법정에 이르러 이를 번복하여 부인하고 있고, 관련자들 또한 수사기관에서 이 사건 공소사실과 부합하는 취지의 진술을 하였다가 원심 법정에서 그 진술을 다수 번복하여 피고인들에게 유리한 취지의 진술을 하였다. ㉠ 자백의 신빙성



유무를 판단함에 있어서는 자백의 진술 내용 자체가 객관적으로 합리성을 띠고 있는지, 자백의 동기나 이유가 무엇이며, 자백에 이르게 된 경위는 어떠한지 그리고 자백 이외의 정황증거 중 자백과 저촉되거나 모순되는 것이 없는지 하는 점 등을 고려하여 피고인의 자백에 형사소송법 제309조 소정의 사유 또는 자백의 동기나 과정에 합리적인 의심을 갖게 할 상황이 있었는지를 판단하여야 하는데(대법원 2001. 9. 28. 선고 200도4091 판결 참조), 피고인들이 이와 같이 자백을 반복하게 된 경위에 대한 납득할 수 있는 설명이나 이를 뒷받침할 증거를 찾아보기 어려운 점, ㉠ 관련자들 또한 그 진술이 반복된 것에 납득할 만한 설명이 없고, 일부 증인들(K, L)의 경우 원심 법정에서의 증언 전 B 측과 접촉하였다는 점을 고려하면, 피고인들의 수사기관에서의 자백과 관련자들의 수사기관에서의 진술의 신빙성을 쉽사리 배척할 수 없다.

③ 피고인들은 G가 수행한 업무는 디자인 용역에 불과하다고 주장하나, B 주간 프로젝트 보고(증거기록 1147쪽) 등의 증거에 의하면 G는 공간 디자인, 로고, 네이밍 작업을 한 것에 더불어, B의 비즈니스 호텔 인테리어 컨셉 및 브랜드 컨셉을 잡고, 호텔 브랜드에 대한 스토리 작업을 시행한 것을 비롯하여 호텔 브랜딩 및 인테리어에 관련된 전반적인 작업을 도맡아 진행하였고, 피고인 D은 자체 브랜드 도입 여부를 G와 함께 검토할 것을 지시하였을 뿐만 아니라 가구 구매 등의 사소한 사항까지 임의로 하지 말고 G와 상의할 것을 지시하였다. G의 M은 원심 법정에 증인으로 출석하여 호텔 브랜드 개발은 G가 수행하였다고 진술한바, 이러한 점들을 종합하면 G가 수행한 업무가 단순히 브랜드 네이밍, 로고 제작 등의 디자인 용역에 불과하다는 피고인들의 주장은 납득하기 어렵다.²⁾

2) H과 G가 주고받은 메일(증거기록 1153쪽)에 'N 호텔 브랜딩을 담당하고 있는 G'라고 명시된 것처럼 G가 N 호텔의 브랜딩도 담당할 것을 고려하면 더욱 그러하다.



④ 피고인들이 제출한 F의 브랜드 개발 비용 및 마케팅 개발 비용 지급내역(증거기록 634쪽), F의 브랜드 개발 관련 비용(증제142호증의1)에 의하더라도, F가 브랜드개발에 투자한 비용은 E 브랜드 개발 용역 비용 외에는 거의 없는데, 그 대부분은 G에게 지급한 돈이고, 2016년도까지 홈페이지 가이드라인과 일부 디자인 용역 말고는 별달리 지급한 내역이 없으며, 그 이후에 지출한 사항도 대부분 E 브랜드 패키지 리뉴얼 금액과 E 게이트웨이 홈페이지 구축에 지출한 것으로 비용을 지출한 업무범위가 매우 한정적이다.

⑤ 나아가, G가 B과의 연간 브랜드 컨설팅 위탁용역계약에 따라 E 브랜드를 개발하였음은 원심이 실시한 바와 같고, F의 E 브랜드 수수료 검토자료에는 B과 H에서 G에게 집행한 브랜드 관련 용역대금이 많기 때문에, (G에 대한 용역대금을) F가 모두 집행하였다고 말하기 어려울 것이라고 기재되어 있기도 하다.

⑥ H이 F의 지분을 양수받은 이후 E 브랜드는 여러 차례 브랜드 대상을 수여받았고, O은 원심 법정에서 H이 F의 지분을 이전받은 이후 E 브랜드 호텔과 관련하여 운영상의 문제가 발생한 사실이 없으며, F에게 지급되어야 할 브랜드 수수료의 지급이 줄어들어 H에 이득이 되었다는 취지로 진술하였다. 피고인 D 또한 E의 브랜드사와 운영사를 정할 당시 H이 F보다 재무적 상황과 신용도가 더 높았으며, F의 지분 이전 이후 E 브랜드는 2019년까지 H 창사 이래 최고의 매출과 수익을 발생시켰다고 진술한 바, B이 지배하는 H이 E 브랜드를 운용하였을 경우 회사에 상당한 이익을 가져다주었을 것으로 보인다³⁾.

3) 반면, APD 업무감사결과 보고서(증거기록 1481쪽)에 의하면 F는 2010년도에 설립되어 2017. 3.에 이르기까지 외부 감사가 전혀 없었고, 조직운영이 전반적으로 미흡하여 개선이 시급한 상황이라고 하였으며, 2016. 3. 31. H의 체인 호텔 사업 역량 진단에는 F 내에 브랜드, 자산관리, 시너지 및 노하우에 대한 인력과 역량이 부재한다고 기재되어 있어, F에게 E 브랜드를 운영할 역량이 있었는지 의심스럽



⑦ 피고인 D은 원심 법정에서 피고인 D이 지분을 소유한 회사를 P그룹 계열사 간의 내부 거래를 통해 성장시키는 방식으로 P 그룹의 경영권을 승계하였다고 진술하였는데(공판기록 1499쪽) 이는 피고인 D의 아들이 지분을 소유한 F를 내부 거래를 통해 성장시키도록 한 이 사건의 구조와 유사하다. 설령 피고인 D이 경영권 승계를 의도하지 않았다 하더라도, 피고인 D은 추후 장남인 J이 F의 운영을 맡을 것을 염두에 두고 아들인 J에게 F의 지분 45%를 주었다는 취지로 진술한바 피고인 D에게는 아들인 J을 위해 F에게 사업기회를 제공해줄 요인이 충분하였던 것으로 보인다.

나) 상당히 유리한 조건의 거래에 관하여

(1) 관련 법리

구 공정거래법 제23조의2 제1항 제1호에서 정하고 있는 '상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위'에 해당하는 지 여부는 급부와 반대급부 사이의 차이는 물론 지원성 거래의 규모와 지원행위로 인한 경제상 이익, 지원기간, 지원횟수, 지원시기, 지원행위 당시 지원객체가 처한 경제적 상황 등을 종합적으로 고려하여 구체적·개별적으로 판단하여야 한다(대법원 2007. 12. 23. 선고 2005두5963 판결 등 취지 참조).

'정상적인 거래에서 적용되는 대가'(이하 '정상가격'이라 한다)란 지원주체와 지원객체 간에 이루어진 경제적 급부와 동일한 경제적 급부가 시기, 종류, 규모, 기간, 신용상태 등이 유사한 상황에서 특수관계가 없는 독립된 자 간에 이루어졌을 경우 형성되었을 거래가격을 의미한다(대법원 2006. 12. 7. 선고 2004두11268 판결 참조). 공정거래위원회가 당해 거래와 동일한 실제 사례를 찾을 수 없어 부득이 유사한 사례에 의해 정상가격을 추단할 수밖에 없는 경우에는, 먼저 당해 거래와 비교하기에 적합한 유

다.



사한 사례를 선정하고 나아가 그 사례와 당해 거래 사이에 가격에 영향을 미칠 수 있는 거래조건 등의 차이가 존재하는지를 살펴 차이가 있다면 이를 합리적으로 조정하는 과정을 거쳐 정상가격을 추단하여야 한다(대법원 2015. 1. 29. 선고 2014두36112 판결 참조).

(2) 구체적인 판단

위 법리에 비추어, 원심이 실시한 사정에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 아래 각 사실 내지 사정을 보태어 보면 피고인 D이 H으로 하여금 F에게 상당히 유리한 조건의 거래를 하도록 한 사실이 충분히 인정된다. 이와 결론을 같이 하는 원심의 판단은 정당하고, 여기에 위 피고인들의 주장과 같은 위법이 있다고 할 수 없다. 따라서 위 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다.

① 피고인들은 2017. 11. 이후 지급된 마케팅 분담금과 관련하여는 공정거래위원회 고발이 이루어지지 않았으므로 이 부분에 대하여는 공소가 기각되어야 한다고 주장한다. 그러나 고발사실의 특징은 고발장에 기재된 범죄사실과 담당공무원의 보충진술 기타 고발장과 함께 제출된 서류 등을 종합하여 판단하여야 하고, 고발의 효력은 고발장에 기재된 범죄사실과 동일성이 인정되는 사실 모두에 미치는데(대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도3282 판결 취지 참조), 공정거래위원회가 서울중앙지방검찰청에 제출한 고발장의 고발요지란에 'H은 2018. 7. 27.까지 F에게 과도한 브랜드 사용료를 지급하여 F는 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위를 함으로써 공정거래법위반'이라고 기재하였고, 첨부된 공정거래위원회의 전원회의 결정에도 '피심인 H이 F와 상당히 유리한 조건으로 브랜드 사용거래를 하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시킨 점'이라고 기재되어 있다. 위와 같은 고발장의 내용에 따르면, 공정거래위원회의 이 사건 고



발의 효과는 F와 H 사이의 브랜드사용계약으로 인해 부당한 이익이 귀속되는 범위 전부에 대하여 효력이 미친다고 할 것이므로, 이와 다른 전제에 있는 피고인들의 위 주장은 받아들일 수 없다(다만, 피고인들의 위와 같은 주장을 이 사건 고발의 효력이 미치는 범위에 관한 것 뿐만 아니라 상당히 유리한 조건의 거래를 통해 특수관계인에게 귀속되는 부당한 이익의 범위를 산정함에 있어서도 F가 일부 마케팅 활동을 하기 시작한 2017. 11.이후의 마케팅 분담금 부분을 제외해야 한다는 주장을 포함하는 것으로 선행하더라도, 뒤에서 보는 바와 같이 F와 H 사이의 브랜드사용계약을 상당히 유리한 조건의 거래라고 보는 이상 F가 그 거래를 통해 수취한 브랜드 사용료 전부를 부당한 이익으로 산정하는 것이 타당하다. 이러한 점에서도 피고인들의 이 부분 주장은 이유 없다).

② Q은 원심 법정에 증인으로 출석하여 H이 E 브랜드를 홍보하기 위한 E 통합 브로셔를 제작하였고, H은 F로부터 브랜드 스탠다드 및 SOP를 제공받은 적이 없다고 진술하였다. 2016. 3. 31. H의 체인 호텔 사업 역량 진단에 의하면 F는 브랜드에 대한 인력과 역량이 부재하여, 브랜드 아이덴티티, SOP, 통합 예약 시스템 및 고객 멤버십을 포괄하는 브랜드 패키지는 우선 H에서 브랜드 역량을 구축한 후 F로 옮기는 아이디어도 논의되었고, 위 진단 이전까지 개발 단계의 SOP, 마케팅 가이드 등은 확보되지 않았으며, 운영단계의 브랜드 패키지도 전혀 확보되지 않았고, 기제공된 개발 단계의 브랜드 스탠다드는 그 수준이 낮은 것으로 기재되어 있다(증거기록 1721쪽). O은 수사기관에서 초기버전의 SOP를 F로부터 받은 적은 있으나 타 호텔 브랜드의 SOP를 짜깁기한 것으로 보여서 지적재산권에 문제가 있을 것 같다고 진술하기도 하였는데(증거기록 1779쪽), L의 이메일(증제126호증)에 '(E의 브랜드 스탠다드는) R 호텔의 스탠다



드를 기준으로 작성하였다'는 취지가 기재되어 있어 위 O의 진술과 그 정황이 부합하기도 한다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인들과 관련자들의 공정거래위원회 및 수사기관에서의 진술의 신빙성을 쉽사리 배척할 수 없는데, F의 직원 K와 L는 수사기관에서 H로부터 마케팅 분담금을 수취하고서도 마케팅 서비스를 제대로 제공하지 못하였다고 진술하였다. S 또한 브랜드 사용 계약 당시에는 마케팅 부서가 만들어진 상태도 아니어서 마케팅이 이루어지지 않았고 계획만 있는 상태였다고 진술하였다.

④ 피고인들이 제출한 F의 브랜드 개발 비용 및 마케팅 개발 비용 지급내역(증거기록 634쪽), F의 브랜드 개발 관련 비용(증제142호증의1)에 의하더라도, 2016년도에는 F가 E 브랜드 자체 마케팅에 투자한 비용이 없고, 그 이후에 투자한 비용도 H이 지급한 마케팅 분담금에 상당하다고 보기 어려우며, 그 지출내용 또한 브랜드 사진촬영과 T 광고집행을 제외하고는 마케팅 활동으로 볼 만한 활동이 존재하지 않는다. F가 작성한 F 마케팅 활동 정리(증제79호증)에 의하더라도 F는 마케팅 담당자를 2016. 6. 이후에서야 채용하였고, 2017년부터 본격적인 마케팅 활동을 시작하였으나 2018. 7.까지 F가 진행한 활동은 2017. 3.경 이루어진 E 게이트웨이 구축 정도에 불과하였다.

⑤ 이와 같이 H이 F에게 지급한 급부에 비하여 F가 지급한 위와 같은 반대급부가 거의 없거나 그 수준이 매우 낮았음을 고려하면, 해당 거래의 정상가격을 구체적으로 산정할 필요 없이도 H이 F에게 상당히 유리한 조건의 계약을 체결한 사실을 인정할 수 있다(F와 H 사이에 체결된 브랜드사용계약에는 F가 H에 제공하는 반대급부의 내용이 명시되어 있지 않다. 위 계약에는 브랜드사용료 항목을 '브랜드 가입비', '브랜드 사용료', '마케팅 분담금'으로 구분하면서도 F가 지급받는 마케팅 분담금에 상응하는



반대급부로서 수행해야 할 마케팅 업무 등에 관하여 아무런 내용이 없고, 오로지 'H의 의무'와 'F의 권리 및 권한'에 관한 내용만 기재되어 있을 뿐이다. 즉, H이 F에게 지급해야 할 금액은 그 명목과 무관하게 총 매출액에 연동되어 결정되고 이에 대한 F의 반대급부를 약정하지 않았다는 점에서, H은 F의 반대급부와 무관하게 총 매출액의 일정 비율을 F에게 지급하기로 하면서 단지 그 세부항목을 '브랜드 사용료'와 '마케팅 분담금'으로 구분한 것으로 보인다. 그 밖에 유사 사례로 인정할 수 있는 U보다 이 사건 브랜드 사용계약에 따른 수수료가 훨씬 높다는 것은 원심이 설시한 바와 같다).

⑥ 피고인들은 타 호텔 브랜드와 비교하여 F가 수취한 수수료가 과도하지 않았다고 주장하나, 피고인들이 제시한 해외 호텔들은 R 등 인지도가 높은 5성급의 유명 브랜드일 뿐만 아니라, V의 경우 브랜드 사용료, 예약 수수료, 브랜드 가입비를 수취하면서 브랜드 사용과 관련된 각종 매뉴얼 및 컨설팅 서비스, 중앙 예약망을 통한 예약 서비스를 제공하고 있어 그에 상응하는 반대급부가 제공되는 것으로 보이고, W의 경우 수수료가 총 매출액이 아닌 객실 수입을 기준으로 정해지며, X이나 Y는 브랜드 스탠다드를 제공하지 않고 브랜드 사용권만 부여하는 등 E와는 그 경우를 달리하므로, 위 호텔들보다 수수료가 낮다는 이유만으로 앞서 든 사정을 무시하고 E 브랜드 사용계약이 상당히 유리한 조건의 계약이 아니라고 볼 수는 없다.

다) 피고인 D의 관여 및 이익 귀속 여부

(1) 관련 법리

구 공정거래법 제23조의2 제1항은 '공시대상기업집단에 속하는 회사는 특수관계인이나 특수관계인이 대통령령으로 정하는 비율 이상의 주식을 보유한 계열회사와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 통하여 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속



시키는 행위를 하여서는 아니 된다.'라고 규정하고 있고, 제23조의2 제1항 제1호는 '정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 조건보다 상당히 유리한 조건으로 거래하는 행위'를 금지되는 행위 중 하나로 규정하고 있으며, 제23조의2 제3항은 '제1항에 따른 거래 또는 사업기회 제공의 상대방은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당할 우려가 있음에도 불구하고 해당 거래를 하거나 사업기회를 제공받는 행위를 하여서는 아니 된다.'라고 규정하고 있다.

구 공정거래법 제23조의2는 2013. 8. 13. 법률 제12095호로 공정거래법이 개정되면서 신설된 조항이다. 즉 개정 전 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 부당지원행위 금지규정의 엄격한 요건으로 지원행위가 현저히 유리한 정도에 미치지 못하거나 단순히 자연인인 특수관계인에게 이익을 귀속시키는 데 그치는 경우에는 지원행위가 성립되기 어렵고, 공정거래저해성의 증명도 곤란하다는 점 등을 감안하여 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위를 효과적으로 규제할 수 있도록 공정거래저해성이 아닌 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시켰는지 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 특수관계인에 대한 부당한 이익제공 등 금지규정이 신설되었다. 구 공정거래법 제23조의2 제1항은 행위의 주체를 상호출자제한기업집단 내 회사로 한정하고 있고, 지원객체를 일정한 범위의 특수관계인 또는 계열회사로 한정하고 있으며, 규제대상 거래행위도 제한적으로 열거하고 있다. 위와 같은 구 공정거래법 제23조의2의 도입경위, 입법목적, 규정 형식과 내용, 구 공정거래법 제1조의 목적조항과의 관계 등을 종합적으로 고려하여 보면, 구 공정거래법 제23조의2는 대기업집단 총수 일가의 사익편취행위의 금지를 통해 경제력집중을 억제하기 위한 취지에서 도입된 규정으로 볼 수 있다.

구 공정거래법 제23조의2 제1항의 해석에 있어서 중요한 사항 중 하나는 '특수



관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'에 대한 규범적 평가라고 할 수 있다. 그런데 구 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 경우 지원행위의 부당성이 문제되는 것임에 반하여 구 공정거래법 제23조의2 제1항은 이익의 부당성이 문제되는 것이어서 이를 공정거래법 제23조 제1항 제7호의 위법성 판단기준과 동일한 평면에서 논의할 수는 없다. 부당이라는 개념은 특수관계인에게 귀속되는 이익의 허용 여부에 대한 규범적 가치판단을 가능하게 하는 기능을 수행한다는 점에서 특수관계인에게 귀속되는 이익의 부당성은 특수관계인에 대한 이익의 귀속에 합리적인 이유가 있는지 여부를 기준으로 판단되어야 할 것이다. 아울러 이를 판단함에 있어서 특수관계인에게 귀속되는 이익이 거의 없거나 과소하다고 평가될 수 있는 정도까지 부당한 이익으로 평가하는 것은 과잉금지의 원칙에 위배될 소지가 있다는 점에서 부당한 이익을 판단함에 있어서 이익의 규모도 고려되어야 할 것이다.

앞서 본 바와 같은 구 공정거래법 제23조의2의 입법취지 및 목적, 규정체계, 법문의 내용, 구 공정거래법 제1조와의 관계 등에 비추어 보면, 구 공정거래법 제23조 제1항에서 '특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시키는 행위'인지 여부는 지원주체 및 지원객체와 특수관계인의 관계, 거래 당시 지원객체가 처한 경제적 상황, 거래의 경위, 거래의 목적과 의도, 거래의 규모, 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여 특수관계인에 대한 이익의 귀속에 합리적인 이유가 있는지를 기준으로 판단되어야 할 것이다.

(2) 구체적인 판단

위 법리에 비추어, 원심이 실시한 사정에다가 원심 및 당심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 피고인 D이 F



에게 사업기회를 제공하고 상당히 유리한 조건의 거래를 하도록 관여 또는 지시하고, 그로 인하여 이 사건 특수관계인에게 부당한 이익을 귀속시킨 사실 및 그 고의를 충분히 인정할 수 있다. 이와 결론을 같이 하는 원심의 판단은 정당하고, 이 부분 피고인들의 주장은 이유 없다.

① 앞서 본 바와 마찬가지로 피고인들 및 관련자들의 수사기관에서의 진술의 신빙성을 함부로 배척할 수 없는데, 피고인 D이 수사기관에서 자신의 지시 및 관여를 인정하였음은 원심이 설시한 바와 같고, O은 수사기관에서 피고인 D의 지시나 승인 없이 자체 브랜드 개발을 결정할 수 없고, 대부분의 진행사항은 피고인 D이 주관하는 회의에서 결정되었으며, 피고인 D이 지분을 가지고 있는 회사였기에 F에게 수수료를 지급하는 계약을 체결하게 된 것이라는 취지로 진술하였다(증거기록 1774쪽).

② 이 사건 브랜드 사용계약 체결 당시 이 사건 특수관계인이 F의 지분 100%를 보유하고 있었던 점을 고려할 때 F의 경영성과와 자본증가는 그 자체로 이 사건 특수관계인의 이익과 손실에 직결될 것으로 보인다. 또한, 앞서 본 바와 같이 F 지분의 45%를 아들에게 증여한 것은 추후 그 아들로 하여금 F를 운영하도록 할 의도가 있었던 점을 고려하면 더욱 그러하다.

③ H 및 F와 이 사건 특수관계인의 관계, 거래 당시 F의 역량 및 위상, 거래의 경위, 거래의 목적과 의도, 거래의 규모, 이 사건 특수관계인에게 귀속되는 이익의 규모 등을 종합적으로 고려하여도 달리 이 사건 특수관계인에게 그 이익을 귀속시켜야 할 합리적인 이유가 존재하지 않는다.

나. 양형부당 주장 부분

제1심의 양형판단이 재량의 합리적인 범위를 벗어났다고 평가되거나, 항소심의 양형



심리 과정에서 새로이 현출된 자료를 종합하면 제1심의 양형판단을 그대로 유지하는 것이 부당하다고 인정되는 등의 사정이 있는 경우에 해당하지 않는 한 제1심의 양형은 이를 존중함이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 법리를 기초로 살피건대, 당심에서 특별히 새로운 양형자료가 제출되지 아니하여 원심과 비교하여 양형조건에 변화가 없고, 피고인들 및 검사가 양형부당 사유로 주장하고 있는 사정들은 이미 원심의 양형사유에 반영된 것으로 보이는 점, 이 사건 범행은 총수 일가의 사익 편취를 위해 계열회사를 이용하여 장기간 부당한 이익을 도모한 것으로 그 범행의 죄질이 좋지 않은 점⁴⁾, 피고인들은 당심에 이르러서까지도 납득하기 어려운 변소를 반복하며 범행을 부인하고 있어 그 잘못을 진지하게 반성하는 것으로는 보이지 아니하는 점 등을 불리한 정상으로, 피고인 D이 주식 배당을 받은 적이 없고, 그와 그 아들의 지분 전부를 무상으로 H에 양도하여 이익을 현실화하지 않은 점 등을 유리한 정상으로 하여 그 밖에 이 사건 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 기록과 변론에 나타난 양형의 조건이 되는 여러 사정들을 종합하여 보면, 원심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나 지나치게 무겁거나 가벼워서 부당하다고는 보이지는 않는다.

따라서 피고인들 및 검사의 양형부당 주장은 이유 없다.

3. 결론

그렇다면, 피고인들과 검사의 항소는 이유 없으므로 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 모두 기각한다.

4) 앞서 본 바와 같이 이 사건 범행으로 특수관계인에게 귀속된 부당한 이익의 규모는 약 31억 원이라고 봄이 상당하나, 설령 부당한 이익의 규모를 산정함에 있어서 F가 2017. 11. 이후 수령한 마케팅분담금을 제외한다고 하더라도 원심의 양형이 무겁거나 가벼워서 부당하다고 보이지는 않는다.



본 판결서는 판결서 인터넷열람 사이트에서 열람·출력되었습니다. 본 판결서를 이용하여 사건관계인의 명예나 생활의 평온을 해하는 행위는 관련 법령에 따라 금지됩니다. 비실명처리일자 : 2022-11-22

재판장 판사 차은경 _____

 판사 양지정 _____

 판사 전연숙 _____