

## 특수절도·사기·사기미수·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)

[대법원 2017. 4. 28. 2017도1544]



### 【판시사항】

- [1] 사기죄의 성립요건 및 피기망자에게 작위 또는 부작위로 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위를 하도록 기망한 경우에 한하여 사기죄가 성립하는지 여부(적극)
- [2] 피고인에 대한 사기미수의 공소사실에 관하여 제1심에서 무죄가 선고되어 검사가 항소한 사안에서, 판결 이유에서 검사의 항소가 이유 없다고 판단하면서도 주문에서 항소기각의 선고를 하지 아니한 항소심판결에 형사소송법 제364조 제4항을 위반한 위법이 있다고 하여 파기자판한 사례

### 【참조조문】

- [1] 형법 제347조
- [2] 형법 제347조 제1항, 제352조, 형사소송법 제325조, 제364조 제4항, 제396조

### 【참조판례】

- [1] 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005도9221 판결(공2007하, 1307), 대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14242 판결

### 【전문】

#### 【피 고 인】

【상 고 인】 검사

【변 호 인】 변호사 김상훈

【원심판결】 광주지법 2017. 1. 11. 선고 2016노3440 판결

#### 【주문】

원심판결 중 사기미수의 점에 대한 부분을 파기하고, 이 부분에 대한 검사의 항소를 기각한다. 나머지 상고를 기각한다.

#### 【이유】

##### 】 1. 상고이유에 관한 판단

가. 사기미수의 점에 대한 부분에 관한 상고이유 주장에 대하여

- 1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠지게 하고 처분행위를 유발하여 재물 또는 재산상의 이익을 얻는 범죄이므로, 피고인이 피기망자에게 작위 또는 부작위로 직접 재산상 손해를 초래하는 재산적 처분행위를 하도록 기망한 경우에 한하여 사기죄가 성립한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2013도14242 판결 등 참조).
- 2) 원심은, 피고인과 공범들이 피해자 공소외 1, 공소외 2에게 예금을 인출하고 인출한 현금을 집에 보관하도록 거짓말을 하였다고 하더라도, 이것을 피해자들로 하여금 현금을 타인에게 교부하거나 처분하는 행위를 하도록 한 것이라

고 볼 수 없다는 사정을 들어, 피고인과 공범들이 사기죄의 기망행위를 하였다는 점에 대한 증거가 없다는 이유로 이 사건 공소사실 중 사기미수의 점에 대하여 무죄를 선고한 제1심판결을 그대로 유지하였다.

3) 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이유 설시에 다소 부적절한 점이 있지만, 원심판결에 상고이유 주장과 같이 사기죄에서의 처분행위에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 없다.

나. 사기미수의 점을 제외한 나머지 부분에 관한 상고이유 주장에 대하여

검사는 원심판결 중 사기미수의 점을 제외한 나머지 부분에 대하여도 상고하였으나, 상고장이나 상고이유서에도 이에 관한 불복의 기재를 찾아볼 수 없다.

## 2. 직권 판단

형사소송법 제364조 제4항은 항소심은 항소가 이유 없다고 인정한 때에는 판결로써 항소를 기각하여야 한다고 규정하고 있다.

기록에 의하면, 피고인에 대한 이 사건 공소사실 중 사기미수의 점에 관하여 제1심에서 무죄가 선고되어 검사가 항소하였는데, 원심이 판결 이유에서는 이 부분에 관한 검사의 항소가 이유 없다고 판단하면서도 주문에서는 항소기각의 선고를 하지 아니하였음을 알 수 있으므로, 원심판결에는 형사소송법 제364조 제4항을 위반한 위법이 있다(대법원 2006. 9. 14. 선고 2004도6432 판결 등 참조).

따라서 원심판결 중 사기미수의 점에 대한 부분을 파기하되, 이 부분 사건은 이 법원이 판결하기에 충분하므로 형사소송법 제396조에 의하여 직접 판결하기로 한다.

이 사건 공소사실 중 사기미수의 점에 관한 검사의 항소이유는, 피고인과 공범들이 거짓말을 하여 피해자 공소외 1, 공소외 2로 하여금 예금을 인출하도록 하고 인출한 현금을 집에 보관하도록 한 행위는 기망행위에 해당하고, 이와 달리 판단하여 무죄를 선고한 제1심판결에는 사실오인과 사기죄에서의 처분행위에 관한 법리오해의 잘못이 있다는 취지이다.

그러나 제1심판결의 이유를 기록에 의하여 살펴보면, 제1심이 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 공소사실 중 사기미수의 점에 관하여 그 범죄의 증거가 없다고 하여 무죄로 선고한 것에 항소이유 주장과 같은 잘못이 없다.

## 3. 결론

그러므로 원심판결 중 사기미수의 점에 대한 부분을 파기하고, 이 부분에 대한 검사의 항소를 기각하며, 나머지 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

대법관 이기택(재판장) 김용덕 김신(주심) 김소영