

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(예비적죄명사기)·사기
·사문서위조·위조사문서행사·공정증서원본불실기재·불실기재공정증
서원본행사·횡령

[서울고등법원 2016. 8. 17. 2016노744]



【전문】

【피고인】

【항소인】 쌍방

【검사】 김지연, 최상훈, 민수용(기소), 김기문(공판)

【변호인】 변호사 김태선(국선)

【원심판결】 수원지방법원 2016. 2. 16. 선고 2014고합693 판결

【주문】

원심판결 중 유죄 부분과 공소외 7에 대한 사기의 점에 관한 무죄 부분을 파기한다.

피고인을 징역 3년에 처한다.

2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관한 검사의 항소를 기각한다.

【이유】 1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액

이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당심에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당심 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래

허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수 통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권 및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급 한다.'

매도인은 매수인이 원활 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래 허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목 공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1.말경 성명불상의 공인증개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

- ⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25.경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매 계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15.까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15.까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.
- ⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감 증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.
- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30.경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.
- 공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.
- 또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.
- ⑫ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말

소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).
- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주의적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.

④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.

공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.

⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.

⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.

⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

(1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

(2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지

않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다. 그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

- 가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).
- 나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당심에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ③ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

- ③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ㉠ 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ㉡ 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ㉢ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

- ④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

- ⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

- ⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만

으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사

실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.
③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당시에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

- 2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.
- 3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당시 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

- 가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.
공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수 통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권

및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

- ⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

- ⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

- ⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1. 말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

- ⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25. 경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15. 까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15. 까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.

- ⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.

- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30. 경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다

고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는 대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.

공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.

또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.

⑪ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).
- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설

정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.

④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.

공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.

⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.

⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피

고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.

- ⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

- (1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.
- (2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다.

그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).

나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당시에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등도 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소 외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기는 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ③ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ① 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ② 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ③ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상 대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테

니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.
③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.
다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여
(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당시에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당시 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577㎡, (주소 2 생략) 전 869㎡, (주소 3 생략) 전 869㎡, (주소 4 생략) 대 1,370㎡, (주소 5 생략) 임야 12,812㎡ 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288㎡ 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받

았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권 및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다. 이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분

행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원할 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다. 계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목 공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1. 말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25.경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15.까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15.까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.

- ⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.
- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30.경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.
- 공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.
- 또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.
- ⑫ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.
- 위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).
- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

- 가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.
- 나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

- ③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.
- ④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다. 공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.
- ⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.
- ⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.
- ⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

- (1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.
- (2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다. 그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.
- 다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).

나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당심에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소 외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ③ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ④ 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ⑤ 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1.

31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), Ⓣ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

- ④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

- ⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

- ⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상 대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

- ⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.
③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다
다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여
(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 목시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당시에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당시 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채

무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수 통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권 및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비

한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급 한다.

매도인은 매수인이 원할 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원할 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인

감증명서를 교부하여 주었다.

- ⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.
- ⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1. 말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.
- ⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25. 경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15. 까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15. 까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.
- ⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다'는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.
- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30. 경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는 대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.
- 공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.

또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.

⑪ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

(1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).

(2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다

고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635㎡(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

- ① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.
공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.
- ② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.
- ③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.
- ④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.
공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.
- ⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.
- ⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.
- ⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.
- 나) 판단
- (1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이

어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

- (2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다. 그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

- 가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).
- 나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토

지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당심에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등도 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도

매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ⓒ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

- ③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ① 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ② 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ③ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

- ④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

- ⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

- ⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하는 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상 대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.

③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다

다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당심에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

- 1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.
- 2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.
- 3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당심 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3.부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권 및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지

역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목 공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1.말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25.경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15.까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15.까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.

⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였

음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 주인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.

- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30.경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는 대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.

공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.

또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.

- ⑫ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선

고 87도1042 판결 등 참조).

- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 들러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.

④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.

공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.

- ⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.
- ⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.
- ⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

- (1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.
- (2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다. 그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이

없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).

나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당시에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등도 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기是很 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ③ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ① 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ② 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ③ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상 대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

- 가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.
또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).
나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

- 가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.

- ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다). 나. 검사는 당심에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당심 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로

서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종

사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권 및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인

근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래 허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목 공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1.말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25.경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매 계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15.까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15.까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.

⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감 증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.

⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30.경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.

공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.

또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.

⑫ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말

소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).
- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주의적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.

④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.

공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.

⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.

⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.

⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

(1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

(2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지

않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다. 그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

- 가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).
- 나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당심에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기 어렵다.

즉, ㉠ 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ㉡ 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제 1314 내지 1317쪽), ㉢ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

- ③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ① 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ② 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ③ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

- ④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

- ⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

- ⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

- ⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만

으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사

실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.
③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인

원심의 형량(징역 2년 6월)은 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인 및 법리오해

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점과 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 2, 공소외 4는 당시 모두 70세를 넘은 고령으로 평생 농업에 종사하여 와 저당권·지상권 등에 대한 지식이 부족한 상태에서 공소외 1, 피고인 등으로부터 토지를 사겠다는 제안을 받고서 토지에 대한 처분의 의사로 근저당권이나 지상권을 설정하여 준 것이다.

따라서 근저당권이나 지상권 설정에 대한 피해자들의 처분의사가 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피해자 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 기망에 의하여 착오를 일으킨 사실은 인정하면서도 피해자들의 처분의사가 근저당권이나 지상권을 설정해 주는 것이었다고 인정할만한 자료가 부족하다는 이유로 무죄를 선고한 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

나) 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 관하여

(1) 피해자 공소외 7은 피고인, 공소외 6에게 속아 계약금 3,000만 원을 대출받는데 필요한 근저당권을 설정하여 준다는 의사가 있었고, 또한 일반적으로 근저당권은 대출액의 120% 상당으로 설정되므로 피해자 공소외 7은 대출금액 이상의 근저당권이 설정되리라는 것을 예견할 수 있었다.

그럼에도 피해자 공소외 7이 근저당권에 필요한 관련 서류를 직접 검토하지 않고 근저당권 설정 서류에 서명날인하였다면 피해자 공소외 7에게 3000만 원 이상의 근저당권을 설정하여 줄 의사가 묵시적으로라도 있었다고 보아야 한다.

(2) 그럼에도 원심이, 피고인, 공소외 6이 7,000만 원을 대출받는데 있어서 설정된 근저당권에 대한 피해자 공소외 7의 처분의사가 없었다고 본 것은 사실을 오인하거나 법리를 오해한 것이다.

2) 양형부당

원심의 형량은 너무 가벼워 부당하다.

2. 검사의 공소장 변경과 이 법원의 심판대상

가. 원심은 이 사건 공소사실 중 ① 2010. 12. 3.자 피해자 공소외 2에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점, ② 2010. 12. 29.자 피해자 공소외 2, 공소외 4에 대한 사기의 점, ③ 2011. 4. 7.자 피해자 공소외 7에 대한 사기의 점에 대하여 무죄를 선고하였다(이하 날짜만을 특정하여 '2010. 12. 3.자 사기의 점' 등으로만 표기한다).

나. 검사는 당시에 이르러 원심이 무죄를 선고한 위 각 사기의 점을 각 주위적 공소사실로 하여, 다음과 같이 예비적 공소사실을 추가하는 공소장변경허가 신청을 하였다.

1) 2010. 12. 3.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13으로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.

- 2) 2010. 12. 29.자 사기의 점에 대하여, 제1 예비적으로 '공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 5로 피해자를 변경'하고, 제2 예비적으로 '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실'을 추가하였다.
- 3) 2011. 4. 7.자 사기의 점에 대하여, 예비적으로 '공소외 7 토지에 설정된 근저당권을 진정한 것으로 믿고 금원을 대여한 공소외 9로 피해자를 변경'하였다.

다.

이 법원은 당시 제4차 공판기일에서 검사의 위와 같은 공소장변경신청 중 예비적으로 '피해자를 변경'하는 신청은 허가하였으나, '사문서위조, 위조사문서행사, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록행사의 공소사실을 예비적으로 추가'하는 신청은 이를 모두 기각하였다.

라. 이와 같이 이 법원이 공소장변경을 일부 허가함으로써 심판대상이 추가되었으나, 원심판시 무죄 부분(검사의 공소장변경으로 주위적 공소사실로 된 부분이다)에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장은 여전히 항소이유로서 이 법원의 판단대상이 되므로 이하에서 주위적 공소사실과 예비적 공소사실에 관하여 차례로 살펴본다.

마. 결론적으로 아래에서 보는 바와 같이, 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 및 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄가 성립하지 않거나 범죄의 증명이 없어 모두 무죄로 판단된다.

반면에, ③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

3. 주위적 공소사실에 대한 검사의 사실오인 및 법리오해 주장에 관한 판단

가. 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 기초사실

원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

- 가) 공소외 2는 용인시 처인구 (주소 1 생략) 전 1,577m², (주소 2 생략) 전 869m², (주소 3 생략) 전 869m², (주소 4 생략) 대 1,370m², (주소 5 생략) 임야 12,812m² 등 5필지(이하 위 토지를 통틀어 '공소외 2의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.
공소외 4는 위 토지에 인접한 용인시 처인구 (주소 6 생략) 임야 4,288m² 토지(이하 '공소외 4의 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 2, 공소외 4의 위 각 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권 또는 지상권이 설정되었다(이하, 근저당권과 지상권을 특별히 구분할 필요가 없는 경우에는 '근저당권 등'이라고만 한다).

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 2의 토지근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 4억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 3(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 3억 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 10(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 11, 공소외 12(공동담보)근저당권설정2010. 12. 3.자 설정계약채권최고액 1억 5,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 13(공동담보)지상권설정2010. 12. 3.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 3부터 30년, 지상권자 공소외 3근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)공소외 4의 토지근저당권설정2010. 12. 29.자 설정계약채권최고액 1억 8,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 5(공동담보)지상권설정2010. 12. 29.자 설정계약토지의 전부, 존속기간 2010. 12. 29.부터 30년, 지상권자 공소외 5

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 사실은 토지를 매입할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차를 진행할 의사나 능력이 없음에도 토지를 매입하여 위 각 허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인인 피해자들에게 접근한 후 피해자들 소유의 토지를 매입하되, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 허가 등 업무에 지식이 없는 피해자들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 한 후, 근저당권을 이용하여 사채업자로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주어 금원을 차용하여 편취하기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 피해자 공소외 2에게, 피해자 소유의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하겠다고 제안하여, 피해자의 승낙을 받았다.

위 공소외 1 등은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 대부업자인 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 피해자 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다.

토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 인감증명서 수 통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 적극 협조하여야 한다'는 취지로 거짓말을 하고, 평소 알고 지내던 공소외 1의 부탁을 받은 피고인은 사실은 위 공소외 1 등이 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등을 진행할 의사나 능력이 없음을 알고 있음에도 위 공모에 따라 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자를 기망하여, 공소외 1, 공소외 16 등은 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 피해자를 만나 피해자에게 미리 준비한 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 제시하며 위 공소외 1이 설명한 토지거래허가신청 등에 필요한 것이라고 설명하고, 이에 착오를 일으킨 피해자로부터 근저당권

및 지상권설정계약서에 서명을 받고, 인감증명서 및 인감도장과 함께 이를 교부받아 같은 날 피해자 소유인 위 토지에 채권최고액 합계 10억 5,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 7억 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자로부터 7억 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 피해자 공소외 4에게 위 1항과 동일한 취지의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 피해자 공소외 2에게 공소외 4의 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 거짓말하면서 피해자들에게 미리 준비한 차용지불약정서를 제시하며 토지거래허가 등에 필요한 서류라고 속여 피해자들로 하여금 자필 서명하게 하고 인감도장 및 인감증명서를 교부받는 등 피해자들을 기망하였고, 피고인은 위 1항과 같은 방법으로 채무자로서 공소외 16에게 대출을 신청하였다.

그러나 사실은 피고인과 위 공소외 1 등은 피해자로부터 토지를 매입하기 위하여 토지거래허가 및 개발행위허가 절차 등을 진행할 의사나 능력이 없었고, 피해자들이 자필 서명한 서류는 토지거래허가 등에 필요한 서류가 아니라 근저당권설정의 근거가 될 차용지불약정서 등이었다.

피고인과 위 공소외 1 등은 이와 같이 피해자들을 기망하여, 이에 속은 피해자들로부터 차용지불약정서에 자필 서명을 받고, 각 인감도장과 인감증명서를 교부받아 같은 날 위 각 토지를 공동담보로 하여 채권최고액 1억 8,000만 원인 근저당권을 설정하고, 위 공소외 16으로부터 1억 2,000만 원을 차용하였다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15와 공모하여 피해자들로부터 1억 2,000만 원 상당의 재산상 이익을 취득하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권설정계약서 등을 작성해 주었다고 인정하기에 부족하여 근저당권 등의 설정에 대한 공소외 2, 공소외 4의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 2는 2010. 10.경 용인시 소재 □□부동산에 자신 소유의 토지 매매를 의뢰하였다.

공소외 1은 2010. 11.경 공소외 2를 찾아와, 자신이 공소외 17 주식회사의 대표라면서 위 토지를 전원주택지로 매수하겠다고 제의하였다.

② 당시 공소외 1은 공소외 2에게 공소외 2의 토지가 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 토지거래허가를 받기가 까다롭고, 전원주택지로 개발하려면 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 하며, 그러한 절차를 거쳐야 토목공사를 개시하여 매매대금을 지급할 수 있다고 하면서 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 인감증명서 수통을 준비하고, 위와 같은 절차에 필요한 서류 작성에 협조해달라고 부탁하였다.

③ 이와 같이 매매조건에 대하여 협의한 다음, 공소외 1은 2010. 11. 29.경 공소외 2를 서울 방배동에서 ○○파이낸스라는 상호로 대부업을 영위하고 있는 공소외 16의 사무실로 데려가, 위 토지를 대금 20억 원에 매수하되, 계약금으로 3억 원을 계약 시에 지급하는 내용의 매매계약을 체결하였다.

위 매매계약서에는 특약사항으로, '계약금은 중도금 포함 3억 원으로 하며 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 각 필지별로 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조하기로 한다'는 내용이 기재되어 있다.

한편 공소외 1은 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 2로 하여금 공소외 16이 준비하여 둔 서류에 서명날인하게 하였다.

이들 서류 작성은 공소외 16이 주도하였다.

공소외 2는 그날 계약금을 지급받지 못하자 인감증명서를 교부하지 않았다.

④ 공소외 2가 인감증명서를 교부하지 않자, 공소외 1은 2010. 12. 3.경 공소외 16, 법무사 사무실 직원 공소외 18 등이 대기하고 있던 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방으로 공소외 2를 다시 나오게 하였다.

그 자리에서 공소외 1은 공소외 2와 계약금을 2억 원으로 감축하는 매매계약을 체결하는 한편, 공소외 2에게 토지거래허가신청 등에 필요한 서류라고 하면서 공소외 16, 공소외 18 등이 준비하여 온 각종 서류를 제시하고 공소외 2로 하여금 그 지시하는 위치에 자필로 서명하게 하였다.

이와 같은 서류가 작성되자, 공소외 1은 공소외 2의 매제 공소외 19의 계좌로 계약금 2억 원을 송금하였다.

계약금 2억 원이 지급받은 다음 공소외 2는 여러 통의 인감증명서를 공소외 1에게 교부하여 주었다.

⑤ 한편, 공소외 1은 공소외 2와 위와 같이 매매계약을 체결한 후 공소외 2에게 인근에 부동산을 매도할 사람이 있으면 소개해 달라고 하여, 맹지로서 공소외 2 토지와 접해 있는 공소외 4 토지를 소개받고, 공소외 4에게 공소외 4 토지 역시 전원주택 용지로 매입하겠다고 제안하였다.

이에 따라 공소외 4는 2010. 12. 24.경 공소외 1과, 자신의 토지를 대금 1억 6,500만 원에 매도하되, 계약금으로 2,000만 원을 계약 시에 지급받기로 하는 내용의 매매계약을 체결하였는데, 위 매매계약서에는 특약사항으로, '잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급한다.

매도인은 매수인이 원활 시 위 필지에 대하여 3회에 걸쳐 토지사용승낙서 및 설정에 필요한 담보제공을 하여 준다.

매도인은 건축허가 및 등기 시 필요한 서류 등 일체를 매수인 및 매수인이 지목한 자에게 제공하며 최대한 협조한다.

토지거래허가구역 및 세금정산, 허가비, 토목공사비 등의 발생으로 인하여 본 토지에 설정을 한다'는 내용이 기재되어 있다.

- ⑥ 공소외 1은 공소외 4에게도 위 ②항과 동일한 내용의 설명을 하고 인감도장과 인감증명서를 준비하도록 하였고, 공소외 2에게도 '공소외 4 토지가 맹지라 공소외 2의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 재차 인감증명서를 준비할 것을 요구하였다.

이에 공소외 2, 공소외 4는 인감도장과 인감증명서를 준비하여 2010. 12. 29. 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18 등을 만나 이들이 제시하는 서류들이 토지거래허가 등에 필요한 서류로 알고 자필 서명(차용지불약정서)하거나 인감도장, 인감증명서를 교부하여 주었다.

- ⑦ 공소외 1, 공소외 16, 공소외 18은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 서류나 교부한 인감 및 인감증명서를 이용하여 근저당권 등 등기신청 관련 서류들을 작성하여 앞서 본 각 근저당권 등을 설정하였다.

- ⑧ 이후 공소외 2는 2011. 1. 말경 성명불상의 공인중개사로부터 공소외 2의 토지에 근저당권 등이 설정되어 있다는 말을 듣고 그 등기부등본을 확인하여, 채권최고액 합계 12억 3,000만 원의 근저당권 등이 설정된 사실을 알게 되었다.

- ⑨ 이에 공소외 2는 곧바로 공소외 1에게 연락하였고, 2011. 3. 25. 경 공소외 2와 공소외 1은 공소외 2 토지에 관한 매매계약은 토지거래허가를 전제조건으로 체결한 계약으로써 위 토지가 토지거래허가구역에서 해제된 이상 위 매매계약을 수정할 필요가 있어 위 매매계약을 무효로 하고, 다시 매매계약서를 작성하기로 한다고 하면서 매매대금은 20억 원으로 동일하게 하되, 2011. 5. 15. 까지 중도금 10억 원, 2011. 6. 15. 까지 잔금 8억 원을 각 지급하는 내용으로 매매계약서를 재차 작성하였다.

- ⑩ 또한 공소외 1은 같은 날 공소외 2에게, '2010. 11. 29. 토지거래허가를 전제조건으로 매매계약을 체결할 당시 공소외 1은 토지거래허가 및 개발행위허가, 토지사용승낙서 및 토지 분할등기에 필요하다면서 매도인 공소외 2의 인감증명서 수통과 인감도장을 요구하여 부적법한 절차로 근저당권설정계약서 및 위임장에 인감도장을 날인하고, 공소외 2로 하여금 우무인을 날인케하여 공소외 2 소유의 토지에 피고인을 채무자로 하고 공소외 3 등의 각 근저당권자를 내세워 총 채권최고액 12억 3,000만 원의 근저당권설정등기 및 1억 8,000만 원의 이 사건 약속어음 공정증서를 작성케 하였으며, 공소외 2의 정당한 대리권 없이 적법하지 않은 절차로 원인무효의 근저당권설정등기를 경료하였음을 인정하고, 1억 8,000만 원의 공정증서는 즉시 폐기처분할 것이며, 공소외 2와 공소외 1의 매매계약이 해제될 경우 위 원인무효의 근저당권 및 지상권설정등기를 말소하기로 한다(매도인 공소외 2가 공소외 1의 위 행위를 추인한 것은 아님), 공소외 1이 개발행위허가와 관련하여 확인서 및 동의서가 필요한 경우 공소외 2는 이에 적극 협조한다)는 내용의 이행각서를 작성, 인증하여 교부하였다.

- ⑪ 근저당권 등에 각 채무자로 등기된 피고인은, 2012. 7. 30. 경 공소외 2, 공소외 4에게 '공소외 1은 공소외 2 토지를 담보로 대부업자 공소외 16에게 얼마를 대출받을 수 있는지 확인하고, 공소외 16이 7억 2,000만 원을 대여할 수 있다

고 하자 공소외 1이 땅 주인을 데려올테니 아무 말 하지 말고 그냥 도장과 서류만 받아라. 땅 주인에게 우리가 다 설명해 놨고, 시골 노인네라 아무것도 모르니 그냥 빨리 도장을 달라고 하여 찍고 이름은 직접 쓰게 하라. 그러면 나머지는 다 알아서 처리할테니 말을 많이 하지 마라. 공소외 18에게도 아무 말 말고 그냥 시키는 대로 도장하고 서류만 받아라고 했다.

공소외 16과 공소외 18은 땅 주인에게 근저당권 설정 서류라는 것을 말하지 않았고 인감도장을 달라고 하여 찍었다. 땅 주인이 쉽게 속는 것을 확인하고 더 살 땅이 있느냐고 했는데 공소외 4의 땅이 있어 공소외 16에게 이를 담보로 추가로 돈을 빌렸고, 토지거래허가구역이고 맹지라 서류가 더 필요하다고 하여 인감도장과 인감증명서를 받았다'는 내용이 기재된 진술서(수사기록 1권 제635쪽)를 작성, 인증하여 교부하였다.

또한 피고인은 공소외 1로부터 2010. 10.경 1,000만 원을 차용한 적이 있어 그 변제 독촉에 시달려 오다가 공소외 1의 부탁으로 대출 관련 채무자의 명의를 빌려 준 것이라고 진술하고 있다.

⑪ 공소외 2, 공소외 4는, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 등이 토지거래허가와 토지 분할에 필요한 서류라고 자신들을 속여서 근저당권 및 지상권 설정계약서를 작성하게 한 후 이를 이용하여 위와 같이 근저당권을 설정하였다고 주장하면서, 공소외 16, 공소외 1, 피고인 및 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등 근저당권자들을 형사고소하는 한편, 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5를 상대로 근저당권 말소를 구하는 민사소송(서울중앙지방법원 2011가합107295호)을 제기하였다.

위 법원은 2012. 11. 23. 공소외 2, 공소외 4의 청구를 기각하였으나, 항소심(서울고등법원 2012나103143호)은 '공소외 2, 공소외 4는 공소외 1과 각 매매계약을 체결하면서 공소외 1의 요청에 따라 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할 절차 등에 필요한 서류로 알고 공소외 1이 제시하는 근저당권 설정 관련 서류들에 자필 서명하거나 인감도장 및 인감증명서를 교부한 것으로 보이므로 근저당권 등 등기 설정에 관한 의사의 합치가 있었다고 볼 수 없다'는 이유로 위 각 근저당권 등의 말소를 명하였다.

이에 대하여 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5가 대법원 2013다100491호로 상고하였으나 상고가 기각되었다.

나) 판단

- (1) 사기죄는 타인을 기망하여 착오에 빠뜨리게 하고 그 처분행위를 유발하여 재물, 재산상의 이득을 얻음으로써 성립하는 것이므로 여기서 처분행위라고 하는 것은 재산적 처분행위를 의미하고 그것은 주관적으로 피기망자가 처분의사, 즉 처분결과를 인식하고 객관적으로는 이러한 의사에 지배된 행위가 있을 것을 요한다(대법원 1987. 10. 26. 선고 87도1042 판결 등 참조).
- (2) 이 부분 주위적 공소사실 자체에 의하더라도, 공소외 1, 피고인 등은 토지거래허가를 받는 것처럼 공소외 2, 공소외 4를 속여 각 소유 토지에 근저당권 등을 설정하게 하게 하였다는 것이므로, 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등의 설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하다.

그뿐만 아니라 앞서 본 인정사실과 함께 공소외 2, 공소외 4가 피고인의 7억 원 및 1억 2,000만 원의 차용금 채무에 관하여 자신들의 토지를 담보로 제공할 아무런 이유도 없어 보이는 점 등을 종합하여 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 2, 공소외 4가 그들의 토지 및 임야에 근저당권 및 지상권을 설정해 줄 의사로 근저당권 및 지상권 설

정 계약서 등을 작성해 주었다고 볼 수 없어 결국 공소외 2, 공소외 4가 그 각 소유 토지에 근저당권 등 설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.

다) 그렇다면 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 설정된 근저당권 등에 관하여는 사기죄에서 말하는 공소외 2, 공소외 4의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 공소외 1 등 피고인이 공소외 2, 공소외 4 소유의 각 토지에 근저당권 등을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로, 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다(피해자의 처분행위가 인정되지 않을 경우 사기죄가 성립하지 않는다는 점에 관하여는 위 대법원 87도1042 판결 참조). 그런데 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 원판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장은 받아들일 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여(피해자 공소외 7 부분)

1) 기초사실

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

가) 공소외 7은 용인시 처인구 (주소 7 생략) 임야 635m²(이하 '공소외 7 토지'라 한다)를 소유하고 있다.

나) 공소외 7 토지에 관하여 다음과 같은 근저당권이 설정되었다.

부동산등기내역등기목적등기원인권리자 및 기타 사항공소외 7 토지근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8근저당권설정2011. 4. 7.자 설정계약채권최고액 120,000,000원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 9

2) 이 부분 주위적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7(62세) 소유의 토지를 담보로 금원을 대출받아 사용하기로 마음먹고, 피해자 공소외 7에게는 계약금 지급을 위해 위 토지를 담보로 사용하겠다고 하여 위임장을 받으면서 다른 위임장도 함께 받아 피해자 공소외 7 모르게 근저당권을 추가로 설정하여 대출금을 받아 편취하기로 하고는, 공소외 6이 피해자 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 피해자 공소외 7에게 "3억 원에 위 토지를 매입할 테니 그 부동산을 담보로 제공해 주면 그것을 이용해 3,000만 원을 빌려 계약금으로 지급해 주고 나머지 잔금 2억 7천만 원은 2011. 6. 15.까지 지급하겠다"라고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인, 공소외 6은 피해자 공소외 7의 부동산을 매입할 의사가 없었다.

피고인, 공소외 6은 이와 같이 피해자 공소외 7을 기망하여 이에 속은 피해자 공소외 7로부터 2011. 4. 7.경 위 토지에 대한 서류들을 건네받아 사채업자로부터 위 토지에 근저당권을 설정한 후 1억 원을 대출받았다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위 1억 원 중 피해자 공소외 7에게 교부한 3,000만 원을 제외한 나머지 7,000만 원을 편취하였다.

3) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 알 수 있는 그 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 검사가 제출한 증거들만으로는 공소외 7이 피고인에게 설정해 주기로 한 근저당권 이외에 추가로 근저당권을 설정해 줄 의사로 근저당권설정등기신청서 등을 작성해 주었다고 인정하기 부족하여 공소외 7의 처분행위가 있었다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없어 이 부분 공소사실은 범죄사실의 증명이 없다고 판단하였다.

4) 당심의 판단

가) 인정사실

앞서 본 증거들에 의하면 다음의 사실이 인정된다.

① 공소외 7은 부동산 중개를 하던 공소외 20에게 자신의 토지를 매도해 줄 것을 의뢰하였고, 공소외 6은 공소외 21에게 매수할 땅을 알아봐 달라고 부탁하였다.

공소외 21은 공소외 20에게 문의를 하였고, 공소외 20은 공소외 21을 통해 피고인, 공소외 6에게 공소외 7 토지를 소개해 주었다.

② 피고인, 공소외 6은 이 사건 토지를 담보로 1억 원을 빌린 다음 계약금 3,000만 원을 제외한 나머지 돈을 자신들이 사용하기로 모의하였다.

③ 공소외 6은 2011. 4. 4.경 공소외 8에게 '피고인이 건축을 하려는데 부동산을 담보로 돈을 빌려줄 수 있느냐'고 문의하였고, 공소외 8은 피고인, 공소외 6과 함께 공소외 7의 토지를 둘러본 다음, 공소외 8과 공소외 9는 피고인에게 공소외 7의 토지를 담보로 각 2,000만 원, 8,000만 원 합계 1억 원을 대여하기로 하였다.

④ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 5.경 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 공소외 6은 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 3억 원에 매도할 것을 제안하며 '공소외 7 토지에 공사를 하려고 한다.

공사비를 투자할 사람은 따로 있는데, 계약금을 지급받으려면 매매계약서와 근저당권설정 서류가 필요하다'고 말하며 계약금 3,000만 원에 관하여 근저당권을 설정해 줄 것을 요구하였고, 공소외 7은 이를 받아들였다.

⑤ 피고인, 공소외 6은 2011. 4. 7. 용인시 ☆☆☆☆에서 공소외 7, 공소외 20 등과 만났고, 피고인은 공소외 7과 사이에, 공소외 7의 토지를 3억 원(계약금 3,000만 원, 잔금 2억 7,000만 원)에 매수하는 매매계약을 체결하였다.

⑥ 한편 법무사 사무실 직원인 공소외 22는 공소외 8의 의뢰로 공소외 7의 토지에 ① 채권최고액 3,000만 원, 채무자 피고인, 근저당권자 공소외 8을 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서, ② 채권최고액 1억 2,000만 원, 채무자 피

고인, 근저당권자 공소외 9를 내용으로 하는 근저당권설정등기신청서 및 위임장을 미리 작성하여 위 매매계약체결 자리에 갔고, 그 자리에서 준비해 간 위 각 서류에 공소외 7의 날인을 받은 다음 공소외 7을 대리하여 공소외 8, 공소외 9 앞으로 근저당권을 설정하였다.

- ⑦ 그 후 공소외 8은 공소외 34 명의로 공소외 7에게 3,000만 원을 송금하였고, 피고인에게 선이자 및 근저당권 설정비 등을 제외한 6,000만 원 가량을 지급하였다.

나) 판단

- (1) 이 부분 주위적 공소사실도, 공소사실 자체로 피고인, 공소외 6은 3,000만 원에 대한 근저당권을 설정하는 것처럼 공소외 7을 속여 공소외 7의 토지에 1억 원에 대한 근저당권을 설정하고 이를 담보로 1억 원을 대출받았다는 것이어서, 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었다는 것이 아님이 명백하고 또한 위 인정사실에서 보더라도 공소외 7이 그 소유 토지에 1억 원에 대한 근저당권설정계약을 체결할 의사가 있었던 것이 아님도 알 수 있다.
- (2) 그렇다면 공소외 7 소유의 토지에 설정된 근저당권에 관하여도 사기죄에서 말하는 공소외 7의 재산적 처분행위가 있었다고 할 수 없어 피고인, 공소외 6이 공소외 7의 토지에 근저당권을 설정하게 한 행위는 사기죄에는 해당되지 않는다고 할 것이므로 이 사건 주위적 공소사실은 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄라고 할 것이다.

그럼에도 원심이 이 부분 사기의 공소사실에 대한 범죄의 증명이 없다고 하여 형사소송법 제325조 후단에 의하여 무죄를 선고한 것은 법률적용에 착오가 있다고 하겠지만 결론에 있어 판결에 영향을 끼친 것은 아니라고 할 것이므로, 이 부분에 대하여 법리오해 및 사실오인을 다투는 검사의 주장도 받아들이지 않는다.

다.

소결

결국 원심판시 무죄부분에 대하여 사실오인 및 법리오해를 다투는 검사의 주장은 이유 없다.

4. 당심에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여

가. 2010. 12. 3.자 및 2010. 12. 29.자 사기의 점에 관하여

1) 이 부분 예비적 공소사실의 요지

공소외 17 주식회사의 대표이사인 공소외 1, 전무이사인 공소외 14, 상무이사인 공소외 15, 일정한 직업이 없는 피고인은, 공소외 1 등은 재력가 행세를 하면서 토지를 매입하여 토지거래허가, 개발행위허가를 받은 뒤 분할하여 전원주택지로 개발하겠다며 매도인들에게 접근한 후, 일평생 농업에 종사하여 담보제공 및 인허가 등 업무에 관한 지식이 없는 매도인들에게 마치 토지거래허가 등에 필요한 서류인 것처럼 기망하여 토지에 대한 근저당권 설정서류 등에 서명하게 하고, 이 서류를 이용하여 사채업자인 피해자들로부터 자금을 차용하고, 피고인은 채무자 명의를 빌려주기로 모의하였다.

가) 2010. 12. 3.자 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)

공소외 1, 공소외 14, 공소외 15는 2010. 11. 하순경 공소외 2와 사이에 위 공소외 2의 토지를 매매대금 20억 원, 계약금 3억 원, 잔금은 토목공사 준공 후 4개월 이내에 지급하는 조건으로 매입하기로 하는 매매계약을 체결하였다.

위 공소외 1 등과 대부업자인 공소외 16은 2010. 11. 29.경 서울 서초구 방배동 소재 공소외 16이 운영하는 대부업체인 '○○파이낸스' 사무실에서, 공소외 2에게 '위 토지는 토지거래허가구역 내에 위치해 있어 전원주택지로 개발하려면 평수가 약 5,906평인 위 토지를 수인의 명의로 900평씩 분할하여 개발행위허가를 받아야 한다'며, 공소외 2로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권 설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 2010. 12. 3. 용인시 처인구 김량장동에 있는 △△다방에서 공소외 2로부터 인감증명서 및 인감도장을 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자들에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서, 위 임장, 확인서면 등이 대출과 관련하여 위 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 피해자 공소외 3으로부터 3억 원, 피해자 공소외 10으로부터 2억 원, 피해자 공소외 11, 공소외 12로부터 각 1억 원, 피해자 공소외 13으로부터 1억 원 등 합계 7억 원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자들을 기망하여 피해자들로부터 재물을 교부받았다.

나) 2010. 12. 29.자 사기

공소외 1은 2010. 12. 하순경 공소외 4와 사이에 위 공소외 4 토지를 매매대금 1억 6,500만 원, 계약금 2,000만 원으로 매입하는 매매계약을 체결하였다.

공소외 1과 위 공소외 16은 2010. 12. 29.경 위 △△다방에서 공소외 4에게 위 1항과 같이 '전원주택지로 개발하려면 개발행위허가를 받아야 한다'며 공소외 4로 하여금 마치 토지거래허가, 개발행위허가 및 분할절차 등에 필요한 서류인 것처럼 속여 근저당권설정계약서, 근저당권설정등기 신청에 필요한 위임장, 확인서면에 서명을 받고, 위 공소외 2에게 '공소외 4 소유의 토지가 맹지라 당신의 토지사용승낙서가 있어야 공소외 4의 토지에 대한 토지거래허가 및 개발행위허가 등이 가능하다'고 하면서 공소외 4로 하여금 토지사용승낙서에 필요한 서류인 것처럼 속여 공소외 2로부터 근저당권설정계약서 등에 서명을 받고, 공소외 4, 공소외 2로부터 인감도장 및 인감증명서를 교부받았다.

피고인은 같은 날 위 공소외 16을 통해 사채업자인 피해자 공소외 5에게 대출을 신청하면서 마치 위 근저당권설정계약서 등이 대출과 관련하여 위 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 피고인 명의의 농협계좌로 송금받았다.

이로써 피고인은 위 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16과 공모하여 피해자를 기망하여 피해자로부터 재물을 교부받았다.

2) 판단

가) 형사재판에서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 검사의 입증이 이러한 확신을 가지게 하는 정도에 충분히 이르지 못한 경우에는 설령 유죄의 의심이 든다고 하더라도 피고인의 이익으로 판단하여야 한다(대법원 2014. 2. 13. 선고 2011도15767 판결 등).

나) 이 부분 예비적 공소사실은 피고인이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16 등과 공모하여 '공소외 16을 통하여' ① 사채업자인 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13에게 마치 공소외 2가 작성한 근저당권설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류가 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 2의 토지를 담보로 합계 7억 원을 차용금 명목으로 편취하고, ② 사채업자인 피해자 공소외 5에게 마치 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 담보 관련 서류가 공소외 4, 공소외 2의 승낙을 받은 것처럼 제출하여, 위 공소외 4와 공소외 2의 토지를 담보로 피해자로부터 1억 2,000만원을 차용금 명목으로 편취하였다는 것이다.

다) 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등과 관련하여, 근저당권 등 설정계약서, 위임장, 확인서면 등 담보 관련 서류는 공소외 1, 피고인 등이 공소외 2, 공소외 4에게 토지거래허가 또는 토지 분할 등에 필요한 서류라고 속여 작성하게 한 것인 점은 앞서 본 바와 같다.

또한 앞서 본 사실 및 아래에서 보는 바와 같은 사실에서 알 수 있는 공소외 16의 지위, 공소외 16의 주도로 위 담보 관련 서류가 작성되는 각 근저당권 등 설정에 공소외 16이 관여한 정도와 그 경위, 공소외 16과 공소외 1 등과의 관계, 공소외 16과 공소외 3 등과의 관계, 각 근저당권 등에 대한 관련 민사소송의 결과 등을 종합하여 보면, 공소외 16은 공소외 2, 공소외 4가 작성한 위 대출 관련 서류가 그들의 진정한 의사에 의하여 작성되는 것이 아니라는 점을 알고 있었지 않았느냐는 의심이 들기도 한다.

그러나 나아가 공소외 16이 공소외 1, 공소외 14, 공소외 15, 피고인 등과 공모하여 피해자 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등을 기망하고 피해자들이 이에 속아 위와 같이 처분행위 없이 설정된 근저당권 등을 유효한 것으로 믿고서 피고인에게 자금을 대여하였는지 여부에 대하여 살펴보면, 앞서 든 증거에 의하여 알 수 있는 다음과 같은 사정에 비추어 보면, 위와 같은 사실이나 검사 제출의 증거만으로 이를 단정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

① 당시에서의 입증촉구에도 불구하고 검사는 이 부분 공소사실 기재 피해를 입은 경위에 관하여 피해자들인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5의 진술 등을 증거로 제출하지 않고 있다.

우선 이러한 점에서 이 부분에 대한 검사의 입증이 부족하다고 하겠다.

② 공소외 2, 공소외 4 등은 공소외 16, 공소외 1, 피고인뿐만 아니라 근저당권자인 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등도 사기로 고소하였다.

이에 수사기관은 그 중 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5 등을 피의자로 조사하였고, 그 피의자신문조서를 주증거로 제출하고 있다.

그런데 이들 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술 내용은 피의자의 입장에서 조사를 받은 것이고, 그 내용 역시 '공소 외 16에게 돈을 빌려 주거나 투자한 것이고, 실제 채무자나 담보제공자 등은 본 적도 없다'는 것뿐으로서, 이 부분 공소사실을 증명할 수 있는 충분한 증거라고 보기是很 어렵다.

즉, ① 공소외 3은 '공소외 16이 3억 원을 "투자하라"고 하여 공소외 16에게 입금하였다'고 진술하였고(수사기록 제2권 2016쪽), ② 공소외 12는 '공소외 16이 공소외 2의 소유 부동산에 근저당 설정을 해 주고 빌려 준 금액에 이자로 2부 5리로 하여 확실하게 하겠다고 하면서 돈을 빌려달라고 하여 2010. 12. 6. 공소외 16의 직원인 공소외 23 명의 계좌로 47,750,000원을 입금하였다', '공소외 2 토지에 1억 5,000만 원의 근저당권을 설정하게 된 것은 공소외 16이 공소외 11로부터 빌린 금액과 저에게 빌린 금액을 합하여 채권최고액 150%로 하여 근저당 설정하였고, 공소외 11 역시 5,000만 원 정도 공소외 16에게 빌려 준 것으로 안다', '공소외 16에게 위와 같이 돈을 빌려 주고 2개월 정도 매달 125만 원의 이자를 받았다', '공소외 2의 근저당권 이전에도 공소외 16에게 돈을 빌려 주고 2010. 11. 27. 68,844,000원을 변제받았다'고 하여 자신이 공소외 16에게 돈을 빌려 준 것이라고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1314 내지 1317쪽), ③ 공소외 5도 '공소외 16의 직원인 공소외 23이 돈을 빌려 주면 그에 대하여 부동산에 근저당 해 주며 이자로 2부5리로 주겠다'고 진술하였을 뿐이다.

③ 공소외 16은 대부업체인 ○○파이낸스를 운영하는데, 공소외 16과 돈 거래를 한 공소외 24, 공소외 25, 공소외 26 등도 '공소외 16에게 자금을 대여하였다'고 진술하는 등 위 공소외 3, 공소외 12, 공소외 5의 진술과 부합하는 진술을 하고 있다.

즉, ① 공소외 24는 '공소외 16이 대부업을 하면서, 돈을 빌려 주면 은행이자 보다 많은 이자를 주고 그에 대하여 근저당 설정 해주겠다고 하여 2번 거래를 하였다'고 진술하였고, ② 공소외 25 역시 '공소외 16이 1억 원을 빌려 주면 화성시 (주소 8 생략) 및 (주소 9 생략) 토지에 근저당을 설정하여 주겠다고 하여 공소외 23 계좌에 1억 원을 입금하였다', '공소외 16이 2개월 후에 원금을 돌려 주겠다고 하여 빌려 준 것이다', '공소외 16에게 2011. 4. 1.부터 2012. 1. 31.까지 총 676,200,000원을 빌려 주었다'고 진술하였으며(수사기록 제2권 제1340 내지 1343), ③ 공소외 26은 '공소외 16이 돈을 빌려 주면 그에 대한 근저당을 설정해 주겠다고 돈을 빌려 달라고 하여 남편 공소외 27과 상의하여 공소외 16에게 돈을 빌려 주었다'고 진술하였을 뿐이다(수사기록 제2권 제1370 내지 1372쪽).

④ 공소외 3, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 5 등은 공소외 2, 공소외 4 토지에 위 각 근저당권 등을 설정할 당시에 공소외 2, 공소외 4와 직접 만나서 교섭한 사실은 전혀 없고, 근저당권을 담보로 피고인에게 금원을 대여할 당시에도 피고인과 교섭하거나 만난 사실이 전혀 없다.

이에 관한 업무는 공소외 16이 전적으로 주도하였다.

⑤ 한편, 공소외 16은 ○○파이낸스의 운영방식에 대하여, 채권자[이하 전주(錢主)라고 한다]와 채무자를 소개시켜 주고 쌍방으로부터 수수료를 받아 온 것이라고 진술하였고(수사기록 제4권 제725쪽), 공소외 16에게 공소외 3 등 전주(錢主)를 소개하여 준 공소외 27은 '공소외 16이 대출 총 금액에 해당하는 금액의 10%를 수수료를 받아서 그 중 5%를 먹고, 물건을 소개 해 준 소개자에게 3%를 주고, 2%를 돈을 대출해 준 채권자에게 채권자 수수료 명목으로 준다'고 진술하고 있다(수사기록 제2권 제1690쪽). 그런데 다른 한편으로, 공소외 16은 '○○파이낸스를 운영하면서 채무자로부터 이자 등을 직접 지급받는 등 대출 관계를 자신이 관리하였다'라는 취지로 진술하였다.

⑥ 이 부분 공소사실은 피해자들이 피고인에게 돈을 대여한 것임을 전제로 하고 있다.

그런데 위 ③ 내지 ⑤의 점에 비추어 볼 때, 검사가 제출한 증거만으로는 피해자들이 사채업을 영위하는 공소외 16에게 자금을 투자 또는 대여한 것인지, 그렇지 않으면 공소외 16의 중개로 피고인에게 금원을 대여한 것인지 여부조차 확정하기 어렵다.

⑦ 또한 위 어느 경우에 해당하든 피해자들은 공소외 16과 계속적 거래관계를 하여 온 전주이거나 대부 중개의 거래 상 대방임을 알 수 있는데, 공소외 16이 이러한 관계에 있는 피해자들로부터 왜 금원을 편취하려고 하였는지에 대하여 쉽게 납득할만한 이유를 찾기도 어렵다.

공소외 16은 관련 민사소송에서 피해자들을 위하여 증인으로 나서고 있고, 공소외 2, 공소외 4 토지에 설정된 근저당권 등이 진정하게 성립된 것이라고 일관되게 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 점에서, 공소외 16이 공소외 1 등 피고인이 제출하는 공소외 2, 공소외 4가 작성한 근저당권설정계약서 등 대출 관련 서류가 공소외 2, 공소외 4의 진정한 의사에 의하지 않은 것임을 알고 있었지 않았나는 의심이 든다는 사정만으로 공소외 16이 피고인 등과 공모하여 피해자들로부터 금원을 편취한 것이라고 단정할 수는 없다.

⑦ 또한 주위적 공소사실이 인정되지 않는다고 하여 예비적 공소사실이 무조건 인정된다고 볼 수 없는 것은 당연하다.

라) 그렇다면 검사 제출의 증거만으로 이 부분 공소사실에 대하여 합리적인 의심을 배제할 정도로 증명되었다고 볼 수 없다.

나. 2011. 4. 7. 사기의 점에 관하여

1) 예비적 공소사실의 요지

피고인, 공소외 6은 공소외 7의 소유 토지를 매입할 의사가 전혀 없음에도 공소외 7에게 공소외 7의 토지를 대금 3억 원에 매입할 것처럼 행세하여 매매계약서를 작성한 다음 공소외 7의 토지를 담보로 제공해주면 돈을 빌려서 계약금을 지급하겠다고 속여서 그로부터 인감도장을 받아 계약금 대출을 위한 담보서류 외에 추가 담보를 위한 위임장 등 서류를 위조하여 돈을 대출받아 사용하기로 하되, 공소외 6은 공소외 7과의 계약을 주도하고 피고인은 계약에 필요한 명의를 제공하기로 모의하였다.

피고인, 공소외 6은 함께 2011. 4. 5.경 용인시 처인구에 있는 상호불상의 식당에서, 공소외 7과의 사이에 공소외 7 토지에 대한 매매계약서를 작성하면서 공소외 6이 공소외 7에게 "3,000만 원에 대한 근저당권 설정이 필요하니 당신의 임야를 담보로 제공해 달라."라고 제안하여 승낙을 받은 다음, 2011. 4. 7.경 용인시 처인구에 있는 ☆☆☆☆ 민원실에서, 공소외 6이 공소외 7로부터 그의 인감도장을 받아서 법무사 사무실 직원 공소외 22에게 건네주어 그로 하여금 계약금 3,000만 원 대출을 위한 담보서류와 추가로 대출을 받기 위한 채권최고액 1억 2,000만 원의 담보서류에 날인하게 한 후 이를 사채업자인 공소외 8에게 제시하면서 "피고인이 건축을 하려는데 위 임야를 담보로 제공할테

니 1억 원을 빌려달라."고 거짓말을 하였다.

그러나 사실 피고인과 공소외 6은 공소외 7로부터 계약금 3,000만 원에 대하여 위 토지를 담보로 제공하기로 승낙을 받았을 뿐 추가로 돈을 빌리기 위한 담보제공에 대하여는 승낙을 받은 사실이 전혀 없었다.

이로써 피고인, 공소외 6은 공모하여 위와 같이 공소외 7 명의의 근저당권설정 관련 서류를 위조, 행사하는 방법으로 공소외 8을 통하여 피해자 공소외 9를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 같은 날 차용금 명목으로 8,000만 원을 교부받아 이를 편취하였다.

2) 판단

가) 사기죄의 요건으로서의 기망은 널리 재산상의 거래관계에서 서로 지켜야 할 신의와 성실의 의무를 저버리는 모든 적극적 또는 소극적 행위를 말하는 것으로서, 반드시 법률행위의 중요 부분에 관한 허위표시임을 요하지 아니하고, 상대방을 착오에 빠지게 하여 행위자가 희망하는 재산적 처분행위를 하도록 하기 위한 판단의 기초가 되는 사실에 관한 것이면 충분하므로, 거래의 상대방이 일정한 사정에 관한 고지를 받았더라면 당해 거래에 임하지 아니하였을 것이라는 관계가 인정되는 경우에는 그 거래로 인하여 재물을 수취하거나 재산상 이익을 취득하는 자에게는 신의성실의 원칙상 사전에 상대방에게 그와 같은 사정을 고지할 의무가 있다 할 것이고, 그럼에도 불구하고 이를 고지하지 아니한 것은 고지할 사실을 묵비함으로써 상대방을 기망한 것이 되어 사기죄를 구성한다.

또한 사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이익을 취득함으로써 성립하는 범죄로서 그 본질은 기망에 의한 재물이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생할 필요는 없다(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003도7828 판결 등 참조).

나) 위와 같은 법리에 비추어 이 사건을 살펴 보면, 이 부분 공소사실에 대하여 피고인이 당시 법정에서 모두 자백하고 있고, 원심 증인 공소외 6의 일부 증언 등 뒤에서 보는 증거 관계와 같이 피고인의 자백에 대한 보강증거가 있으므로 이 부분 공소사실에 대하여는 범죄의 증명이 있다.

5. 결론

가. 그렇다면 원심이 무죄로 판단한 위 ① 2010. 12. 3.자 사기의 점 및 ② 2010. 12. 29.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 범죄가 성립하지 않고, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 없어 모두 무죄라고 할 것이다.
③ 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실 역시 범죄가 성립하지 않으나, 이에 대한 예비적 공소사실은 범죄의 증명이 있어 유죄로 인정된다.

나. 결국 각 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심의 조치는 정당하고, 거기에 검사가 항소이유에서 주장하는 사실오인이나 법리오해의 위법이 없다.

다만, 2011. 4. 7.자 사기의 점과 관련한 주위적 공소사실은 그와 동일체의 관계에 있는 예비적 공소사실이 이유 있고, 이 부분은 원심이 유죄로 판단한 나머지 범죄사실과 형법 제37조 전단의 경합범관계에 있어 단일한 선고형으로 처단하여야 한다.

따라서 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실의 점에 관한 무죄 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.
다.

그렇다면 원심판결 중 유죄 부분과 2011. 4. 7.자 주위적 공소사실에 관한 무죄 부분에는 위와 같은 파기사유가 있으므로, 검사 및 피고인의 양형부당 주장에 관한 판단은 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결하고, 나머지 주위적 공소사실에 관한 검사의 항소는 받아들일 수 없어 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 항소를 기각한다.