

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(피고인1,6에대하여일
부인정된죄명:사기)·사기(피고인1,4에대하여일부인정된죄명:특
정경제범죄가중처벌등에관한법률위반사기)}

[대구고등법원 2005. 12. 1. 2005노19]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 최종원

【변 호 인】 변호사 권준호외 2인

【원심판결】 대구지방법원 2004. 12. 29. 선고 2003고합503, 2004고합155, 411, 421, 452, 595(각 병합) 판결

【주 문】

원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분, 피고인 2에 대한 유죄부분 및 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 관한 사기의 점 부분, 피고인 4에 대한 유죄부분을 각 파기한다.

피고인 1을 징역 2년에, 피고인 2, 4, 5, 6을 각 징역 1년 6월에, 피고인 3을 판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄에 대하여 징역 4월에, 판시 제1.의 가. (3) (나), 제1.의 라. 중 (1), (3), (4), 제1.의 마. (3), 제2.중 가. 나. (2), 다.죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 7을 징역 1년에 각 처한다.

원심판결 선고전의 구금일수 14일을 피고인 1에 대한 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 피고인 2, 3, 5, 6에 대하여는 각 3년간, 피고인 4, 7에 대하여는 각 2년간 위 각 형의 집행을 유예한다.

원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소를 각 기각한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6

이 사건 범행의 경위, 특히 이 사건 범행은 주식회사 (상호 생략), (상호 생략)(이하 이 사건 투자회사라 한다)의 경영진 이던 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등이 주도하여 저지른 것이고, 위 피고인들은 대구지점 부지점장 및 본부장들에 불과하여 범행에 가담한 정도가 경미한 점 등에 비추어 원심이 위 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인의 점

(가) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 부분에 관하여

피고인 4가 원심법정에서 한 진술, 공소외 6이 작성한 진술서의 기재를 종합하면, 피해자 공소외 6이 2000. 8.부터 2001. 2.까지 피고인 4를 통해 13회에 걸쳐 이 사건 투자회사에 22억 6,750만 원을 투자한 사실, 위 투자내역은 모두 실제 자금을 교부함으로써 이루어진 것이고, 현실의 자금 수수 없이 공소외 6이 기존 투자금의 원리금을 반환받

지 않고 이를 새로이 투자한 것으로 정리한 부분은 포함되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점 중 8억 원에 관한 부분을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(나) 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2에 대한 사기죄에 관하여

피고인 2가 검찰에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 등에 의하면, 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2는 모두 피고인 2를 통해 이 사건 투자회사에 자금을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 사기의 점과 피해자 공소외 7에 대한 일부 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(다) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기죄에 관하여

피고인 4, 7, 1이 검찰에서 한 각 진술, 공소외 15, 공소외 14, 공소외 12, 공소외 13이 작성한 각 진술서의 각 기재에 의하면, 피고인 4는 2001. 1. 15. 이후 피고인 7을 대신해서 제5본부장이 된 것이 아니라 2000. 9. 30.부터 이미 제5본부장으로써 투자자들을 모집하였고, 그 때부터 2001. 1. 15.까지 사이에 위 피해자들로부터 자금을 투자받은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인들은 금융다단계 조직을 이용한 이 사건 사기범행에 가담하여 수많은 피해자들로부터 200억 원이 넘는 금액을 편취하는 범행을 저질렀는데, 비록 피고인들이 주도적으로 이 사건 범행을 저지른 것은 아니라 하더라도 이 사건 범행의 죄질, 피해정도가 지극히 중대한 점 등에 비추어 원심이 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 원심판시 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 편취의 점에 관한 판단
특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 이득액은 범죄행위로 인하여 취득한 실질적인 이득의 합산액을 뜻하고, 사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 이미 있던 차입원리금을 주식 구입자금 또는 신규 차입금에 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니어서 별도의 죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001도2196 판결 참조)

공소외 6이 작성한 영수증(공판기록 제1606쪽)의 기재에 의하면, 공소외 6이 소지하고 있는 투자증서 중 8장, 8억 원 가량은 구 투자증서와의 교환용으로 교부받은 것인 사실을 인정할 수 있는바, 거기에 공소외 6의 투자기간, 횟수, 금액 등을 더하여 보면 원심판시 별지 범죄일람표(이하 원심판시 별지 범죄일람표를 별지 범죄일람표라 한다) (1) 제9

내지 12항 기재 투자내역은 공소외 6이 기존 투자금의 만기가 되자 이 사건 투자회사로부터 이를 상환 받지 않고 재투자한 것이고 현실의 자금 수수는 없었던 것으로 추정된다.

공소외 6이 작성한 진술서 및 피고인 4가 원심법정에서 한 일부 진술만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고, 달리 공소외 6이 이 사건 투자회사에 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금을 현실적으로 교부하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

그렇다면 원심이 피고인 1, 4에 대한 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금 편취의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2의 피해자 공소외 7에 대한 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 편취의 점에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 7의 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 7이 이 사건 투자회사 대구지점 제2본부 소속 투자모집인인 공소외 16 실장의 소개로 제2본부장이던 피고인 3을 통해 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재와 같이 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 7이 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항}에 관한 판단

피고인 2가 당심법정에서 한 진술, 당심증인 공소외 1이 당심법정에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 (2002형제20233호 등 수사기록 제735쪽)를 종합하면, 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 2000. 3. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 사무실에서 피해자 공소외 1에게 "투자상품 1구좌를 500,000원 이상으로 하여 투자한도 제한 없이 투자하면 매월 3 내지 20퍼센트의 배당금을 지급하고, 투자유치 시 투자금 중 8퍼센트 이상의 투자유치수당을 지급 하겠다"라고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 투자금 명목으로 5,000,000원을 교부받은 것을 비롯하여 그때부터 2000. 12. 12.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항 기재와 같이 5회에 걸쳐 공소외 1로부터 투자금 명목으로 합계 18,000,000원을 교부받아 이를 편취한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점을 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(4) 피고인 2의 피해자 공소외 2에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (7)}에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 2의 별지 범죄일람표 (7) 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 2는 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부 소속 투자모집인인 공소외 17 실장의 소개로 제3본부장이던 공소외 18을 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 2가 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기의 점(별지 범죄일람표 (4) 제2, 17, 18, 28, 30, 32, 48 내지 51항)에 관한 판단

(가) 피고인 4가 본부장으로 일한 기간

원심증인 1, 공소외 19, 공소외 20, 피고인 7이 원심법정에서 한 각 진술, 검사가 작성한 피고인 4에 대한 피의자신문조서의 진술기재 등 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면, 피고인 4는 2000. 1. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부장이던 공소외 18의 권유로 팀장으로 입사하였다가 2000. 7. 20. 비로소 제8본부장으로 승진하였고, 2001. 1. 25. 제5본부장이던 피고인 7이 사표를 제출한 이후 제5본부의 업무를 인수하여 제5본부장까지 맡은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들은 피고인 4가 본부장으로 승진하기 전 즉, 2000. 7. 20. 이전에 피고인 4를 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사람들인바, 기록에 의하면 이 사건 투자회사 대구지점은 지점장-부지점장-본부장-실장-팀장-직원의 체계 아래 각 본부별로 본부장들이 팀장, 실장, 직원들에게 투자유치를 위한 교육 및 업무지시를 하는 등 투자유치활동을 총괄하였으며, 팀장, 실장은 본부장 아래의 직급자로 자신들이 직접 투자자를 모집하거나 자신의 팀에 속한 직원들을 관리하는 일을 한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고인 4가 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10으로부터 투자를 유치할 때는 본부장의 지시에 따르는 하위 직급자에 불과하여 이 사건 투자회사의 투자상품, 운영형태 및 상황, 재정상태 등을 자세히 알 수 있는 위치에 있었다고 보기 어려운 만큼 피고인 4에게 편취의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 피해자 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들이 이 사건과 관련하여 진술서를 작성하면서 자신들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4이었다고 기재하는 하였다.

그러나 원심증인 공소외 20, 7이 원심법정에서 한 각 진술(공판기록 제2503 내지 2512쪽, 제2739 내지 2742쪽), 수사기록에 편철된 대구지방법원 2001고단1977호 사건 판결문의 기재(위 판결문 별지 범죄일람표 제164, 169쪽), 검사가 작성한 공소외 21에 대한 진술조서의 진술기재(2004형제20124호 등 수사기록 제2454 내지 2458쪽)를 종합하면, 피해자 공소외 11에게 투자를 권유한 모집인은 공소외 22로 그는 피고인 7이 본부장으로 있던 제5본부의 팀장인 사실, 피해자 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에게 투자를 권유한 실장 역시 제5본부 소속이던 공소외 21인 사실을 인정할 수 있는 만큼 위 피해자들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4가 아니라 피고인 7인 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술서의 기재는 선뜻 믿기 어렵고, 달리 피고인 4가 위 피해자들의 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없다

(라) 소결론

그렇다면 원심이 위와 같은 이유로 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사가 당심에 이르러 피고인 1, 2, 3, 5, 6에 대한 각 일부 공소사실에 관하여 편취액을 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 바뀌었는바, 위 각 공소장 변경이 있는 부분은 원심이 피고인 1, 2, 5, 6에 대하여 유죄로 인정한 나머지 공소사실 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (나), 제1.의 라. 중 (3), (4), 제1.의 마. (3), 제2. 중 가., 나. (2), 다.

의 공소사실과 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 모두에 대하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인 만큼 원심판결 중 피고인 1, 2, 5, 6에 대한 부분 및 피고인 3의 위 공소사실에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

형의 변경에 따른 직권판단

기록에 의하면, 피고인 1, 2는 2001. 4. 24. 대구지방법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 3은 2000. 4. 26. 같은 법원에서 상법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 4. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 4, 7은 2001. 4. 24. 같은 법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 5는 2001. 4. 24. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 6은 2001. 6. 29. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 7. 7. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 각 죄와 위 판결이 확정되기 전에 범한 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7의 이 사건 각 범죄 및 피고인 3이 2000. 5. 4. 이전에 범한 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄는 모두 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다.

한편 원심판결이 선고된 후인 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 형법 제39조 제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고, 개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인들에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로, 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 위 각 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조 제1항을 적용하여야 할 것인 만큼 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄에 대하여 각 형사소송법 제383조 제2호 소정의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있게 되었다.

3. 결론

가. 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 각 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

나. 한편 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분에 관한 검사의 항소는 이유 있으며, 피고인들 모두에 대하여 직권파기 사유가 있으므로, 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6 및 검사의 양형부당 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이, ① 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분을, ② 각 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분 및 피고인 2, 4에 대한 각 유죄부분을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6

이 사건 범행의 경위, 특히 이 사건 범행은 주식회사 (상호 생략), (상호 생략)(이하 이 사건 투자회사라 한다)의 경영진 이던 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등이 주도하여 저지른 것이고, 위 피고인들은 대구지점 부지점장 및 본부장들에 불과하여 범행에 가담한 정도가 경미한 점 등에 비추어 원심이 위 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인의 점

(가) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 부분에 관하여

피고인 4가 원심법정에서 한 진술, 공소외 6이 작성한 진술서의 기재를 종합하면, 피해자 공소외 6이 2000. 8.부터 2001. 2.까지 피고인 4를 통해 13회에 걸쳐 이 사건 투자회사에 22억 6,750만 원을 투자한 사실, 위 투자내역은 모두 실제 자금을 교부함으로써 이루어진 것이고, 현실의 자금 수수 없이 공소외 6이 기존 투자금의 원리금을 반환받지 않고 이를 새로이 투자한 것으로 정리한 부분은 포함되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점 중 8억 원에 관한 부분을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(나) 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2에 대한 사기죄에 관하여

피고인 2가 검찰에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 등에 의하면, 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2는 모두 피고인 2를 통해 이 사건 투자회사에 자금을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 사기의 점과 피해자 공소외 7에 대한 일부 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(다) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기죄에 관하여

피고인 4, 7, 1이 검찰에서 한 각 진술, 공소외 15, 공소외 14, 공소외 12, 공소외 13이 작성한 각 진술서의 각 기재에 의하면, 피고인 4는 2001. 1. 15. 이후 피고인 7을 대신해서 제5본부장이 된 것이 아니라 2000. 9. 30.부터 이미 제5본부장으로써 투자자들을 모집하였고, 그 때부터 2001. 1. 15.까지 사이에 위 피해자들로부터 자금을 투자받은

사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인들은 금융다단계 조직을 이용한 이 사건 사기범행에 가담하여 수많은 피해자들로부터 200억 원이 넘는 금액을 편취하는 범행을 저질렀는데, 비록 피고인들이 주도적으로 이 사건 범행을 저지른 것은 아니라 하더라도 이 사건 범행의 죄질, 피해정도가 지극히 중대한 점 등에 비추어 원심이 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 원심판시 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 편취의 점에 관한 판단
특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 이득액은 범죄행위로 인하여 취득한 실질적인 이득의 합산액을 뜻하고, 사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 이미 있던 차입원리금을 주식 구입자금 또는 신규 차입금에 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니어서 별도의 죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001도2196 판결 참조)

공소외 6이 작성한 영수증(공판기록 제1606쪽)의 기재에 의하면, 공소외 6이 소지하고 있는 투자증서 중 8장, 8억 원 가량은 구 투자증서와의 교환용으로 교부받은 것인 사실을 인정할 수 있는바, 거기에 공소외 6의 투자기간, 횟수, 금액 등을 더하여 보면 원심판시 별지 범죄일람표(이하 원심판시 별지 범죄일람표를 별지 범죄일람표라 한다) (1) 제9 내지 12항 기재 투자내역은 공소외 6이 기존 투자금의 만기가 되자 이 사건 투자회사로부터 이를 상환 받지 않고 재투자한 것이고 현실의 자금 수수는 없었던 것으로 추정된다.

공소외 6이 작성한 진술서 및 피고인 4가 원심법정에서 한 일부 진술만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고, 달리 공소외 6이 이 사건 투자회사에 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금을 현실적으로 교부하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

그렇다면 원심이 피고인 1, 4에 대한 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금 편취의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2의 피해자 공소외 7에 대한 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 편취의 점에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 7의 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 7이 이 사건 투자회사 대구지점 제2본부 소속 투자모집인인 공소외 16 실장의 소개로 제2본부장이던 피고인 3을 통해 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재와 같이 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는데, 당시증인 공소외 7이 당시법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항}에 관한 판단

피고인 2가 당심법정에서 한 진술, 당심증인 공소외 1이 당심법정에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 (2002형제20233호 등 수사기록 제735쪽)를 종합하면, 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 2000. 3. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 사무실에서 피해자 공소외 1에게 "투자상품 1구좌를 500,000원 이상으로 하여 투자한도 제한 없이 투자하면 매월 3 내지 20퍼센트의 배당금을 지급하고, 투자유치 시 투자금 중 8퍼센트 이상의 투자유치수당을 지급 하겠다"라고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 투자금 명목으로 5,000,000원을 교부받은 것을 비롯하여 그 때부터 2000. 12. 12.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항 기재와 같이 5회에 걸쳐 공소외 1로부터 투자금 명목으로 합계 18,000,000원을 교부받아 이를 편취한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점을 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(4) 피고인 2의 피해자 공소외 2에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (7)}에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 2의 별지 범죄일람표 (7) 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 2는 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부 소속 투자모집인인 공소외 17 실장의 소개로 제3본부장이던 공소외 18을 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 2가 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기의 점{별지 범죄일람표 (4) 제2, 17, 18, 28, 30, 32, 48 내지 51항}에 관한 판단

(가) 피고인 4가 본부장으로 일한 기간

원심증인 1, 공소외 19, 공소외 20, 피고인 7이 원심법정에서 한 각 진술, 검사가 작성한 피고인 4에 대한 피의자신문조서의 진술기재 등 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면, 피고인 4는 2000. 1. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부장이던 공소외 18의 권유로 팀장으로 입사하였다가 2000. 7. 20. 비로소 제8본부장으로 승진하였고, 2001. 1. 25. 제5본부장이던 피고인 7이 사표를 제출한 이후 제5본부의 업무를 인수하여 제5본부장까지 맡은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들은 피고인 4가 본부장으로 승진하기 전 즉, 2000. 7. 20. 이전에 피고인 4를 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사람들인바, 기록에 의하면 이 사건 투자회사 대구지점은 지점장-부지점장-본부장-실장-팀장-직원의 체계 아래 각 본부별로 본부장들이 팀장, 실장, 직원들에게 투자유치를 위한 교육 및 업무지시를 하는 등 투자유치활동을 총괄하였으며, 팀장, 실장은 본부장 아래의 직급자로 자신들이 직접 투자자를 모집하거나 자신의 팀에 속한 직원들을 관리하는 일을 한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고인 4가 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외

10으로부터 투자를 유치할 때는 본부장의 지시에 따르는 하위 직급자에 불과하여 이 사건 투자회사의 투자상품, 운영형태 및 상황, 재정상태 등을 자세히 알 수 있는 위치에 있었다고 보기 어려운 만큼 피고인 4에게 편취의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 피해자 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들이 이 사건과 관련하여 진술서를 작성하면서 자신들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4이었다고 기재하는 하였다.

그러나 원심증인 공소외 20, 7이 원심법정에서 한 각 진술(공판기록 제2503 내지 2512쪽, 제2739 내지 2742쪽), 수사기록에 편철된 대구지방법원 2001고단1977호 사건 판결문의 기재(위 판결문 별지 범죄일람표 제164, 169쪽), 검사가 작성한 공소외 21에 대한 진술조서의 진술기재(2004형제20124호 등 수사기록 제2454 내지 2458쪽)를 종합하면, 피해자 공소외 11에게 투자를 권유한 모집인은 공소외 22로 그는 피고인 7이 본부장으로 있던 제5본부의 팀장인 사실, 피해자 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에게 투자를 권유한 실장 역시 제5본부 소속이던 공소외 21인 사실을 인정할 수 있는 만큼 위 피해자들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4가 아니라 피고인 7인 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술서의 기재는 선뜻 믿기 어렵고, 달리 피고인 4가 위 피해자들의 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없다

(라) 소결론

그렇다면 원심이 위와 같은 이유로 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사가 당심에 이르러 피고인 1, 2, 3, 5, 6에 대한 각 일부 공소사실에 관하여 편취액을 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 바뀌었는바, 위 각 공소장 변경이 있는 부분은 원심이 피고인 1, 2, 5, 6에 대하여 유죄로 인정한 나머지 공소사실 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (나), 제1.의 라. 중 (3), (4), 제1.의 마. (3), 제2. 중 가., 나. (2), 다.

의 공소사실과 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 모두에 대하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인 만큼 원심판결 중 피고인 1, 2, 5, 6에 대한 부분 및 피고인 3의 위 공소사실에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

형의 변경에 따른 직권판단

기록에 의하면, 피고인 1, 2는 2001. 4. 24. 대구지방법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 3은 2000. 4. 26. 같은 법원에서 상법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 4. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 4, 7은 2001. 4. 24. 같은 법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판

결이 확정되었고, 피고인 5는 2001. 4. 24. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 6은 2001. 6. 29. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 7. 7. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 각 죄와 위 판결이 확정되기 전에 범한 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7의 이 사건 각 범죄 및 피고인 3이 2000. 5. 4. 이전에 범한 원심판시 제1의 가. (3) (가), 제1의 라. (2), 제2의 나. (1)죄는 모두 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다.

한편 원심판결이 선고된 후인 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 형법 제39조 제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고, 개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인들에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로, 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 위 각 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조 제1항을 적용하여야 할 것인 만큼 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7 및 피고인 3의 원심판시 제1의 가. (3) (가), 제1의 라. (2), 제2의 나. (1)죄에 대하여 각 형사소송법 제383조 제2호 소정의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있게 되었다.

3. 결론

가. 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 각 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

나. 한편 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분에 관한 검사의 항소는 이유 있으며, 피고인들 모두에 대하여 직권파기 사유가 있으므로, 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6 및 검사의 양형부당 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이, ① 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분을, ② 각 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분 및 피고인 2, 4에 대한 각 유죄부분을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6

이 사건 범행의 경위, 특히 이 사건 범행은 주식회사 (상호 생략), (상호 생략)(이하 이 사건 투자회사라 한다)의 경영진 이던 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등이 주도하여 저지른 것이고, 위 피고인들은 대구지점 부지점장 및 본부장들에 불과하여 범행에 가담한 정도가 경미한 점 등에 비추어 원심이 위 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인의 점

(가) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 부분에 관하여

피고인 4가 원심법정에서 한 진술, 공소외 6이 작성한 진술서의 기재를 종합하면, 피해자 공소외 6이 2000. 8.부터 2001. 2.까지 피고인 4를 통해 13회에 걸쳐 이 사건 투자회사에 22억 6,750만 원을 투자한 사실, 위 투자내역은 모두 실제 자금을 교부함으로써 이루어진 것이고, 현실의 자금 수수 없이 공소외 6이 기존 투자금의 원리금을 반환받지 않고 이를 새로이 투자한 것으로 정리한 부분은 포함되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점 중 8억 원에 관한 부분을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(나) 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2에 대한 사기죄에 관하여

피고인 2가 검찰에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 등에 의하면, 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2는 모두 피고인 2를 통해 이 사건 투자회사에 자금을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 사기의 점과 피해자 공소외 7에 대한 일부 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(다) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기죄에 관하여

피고인 4, 7, 1이 검찰에서 한 각 진술, 공소외 15, 공소외 14, 공소외 12, 공소외 13이 작성한 각 진술서의 각 기재에 의하면, 피고인 4는 2001. 1. 15. 이후 피고인 7을 대신해서 제5본부장이 된 것이 아니라 2000. 9. 30.부터 이미 제5본부장으로써 투자자들을 모집하였고, 그 때부터 2001. 1. 15.까지 사이에 위 피해자들로부터 자금을 투자받은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인들은 금융다단계 조직을 이용한 이 사건 사기범행에 가담하여 수많은 피해자들로부터 200억 원이 넘는 금액을 편취하는 범행을 저질렀는데, 비록 피고인들이 주도적으로 이 사건 범행을 저지른 것은 아니라 하더라도 이 사건 범행의 죄질, 피해정도가 지극히 중대한 점 등에 비추어 원심이 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 원심판시 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 편취의 점에 관한 판단
특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 이득액은 범죄행위로 인하여 취득한 실질적인 이득의 합산액을 뜻하고, 사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 이미 있던 차입원리금을 주식 구입자금 또는 신규 차입금에 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니어서 별도의 죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001도2196 판결 참조)

공소외 6이 작성한 영수증(공판기록 제1606쪽)의 기재에 의하면, 공소외 6이 소지하고 있는 투자증서 중 8장, 8억 원 가량은 구 투자증서와의 교환용으로 교부받은 것인 사실을 인정할 수 있는바, 거기에 공소외 6의 투자기간, 횟수, 금액 등을 더하여 보면 원심판시 별지 범죄일람표(이하 원심판시 별지 범죄일람표를 별지 범죄일람표라 한다) (1) 제9 내지 12항 기재 투자내역은 공소외 6이 기존 투자금의 만기가 되자 이 사건 투자회사로부터 이를 상환 받지 않고 재투자한 것이고 현실의 자금 수수는 없었던 것으로 추정된다.

공소외 6이 작성한 진술서 및 피고인 4가 원심법정에서 한 일부 진술만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고, 달리 공소외 6이 이 사건 투자회사에 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금을 현실적으로 교부하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

그렇다면 원심이 피고인 1, 4에 대한 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금 편취의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2의 피해자 공소외 7에 대한 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 편취의 점에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 7의 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 7이 이 사건 투자회사 대구지점 제2본부 소속 투자모집인인 공소외 16 실장의 소개로 제2본부장이던 피고인 3을 통해 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재와 같이 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 7이 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점(별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항)에 관한 판단

피고인 2가 당심법정에서 한 진술, 당심증인 공소외 1이 당심법정에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재(2002형제20233호 등 수사기록 제735쪽)를 종합하면, 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 2000. 3. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 사무실에서 피해자 공소외 1에게 "투자상품 1구좌를 500,000원 이상으로 하여 투자한도 제한 없이 투자하면 매월 3 내지 20퍼센트의 배당금을 지급하고, 투자유치 시 투자금 중 8퍼센트 이상의 투자유치수당을 지급 하겠다"라고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 투자금 명목으로 5,000,000원을 교부받은 것을 비롯하여 그때부터 2000. 12. 12.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항 기재와 같이 5회에 걸쳐 공소외 1로부터 투자금 명목으로 합계 18,000,000원을 교부받아 이를 편취한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점을 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(4) 피고인 2의 피해자 공소외 2에 대한 사기의 점(별지 범죄일람표 (7))에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 2의 별지 범죄일람표 (7) 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 2는 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부 소속 투자모집인인 공소외 17 실장의 소개로 제3본부장이던 공소외

18을 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 2가 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기의 점{별지 범죄일람표 (4) 제2, 17, 18, 28, 30, 32, 48 내지 51항}에 관한 판단

(가) 피고인 4가 본부장으로 일한 기간

원심증인 1, 공소외 19, 공소외 20, 피고인 7이 원심법정에서 한 각 진술, 검사가 작성한 피고인 4에 대한 피의자신문조서의 진술기재 등 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면, 피고인 4는 2000. 1. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부장이던 공소외 18의 권유로 팀장으로 입사하였다가 2000. 7. 20. 비로소 제8본부장으로 승진하였고, 2001. 1. 25. 제5본부장이던 피고인 7이 사표를 제출한 이후 제5본부의 업무를 인수하여 제5본부장까지 맡은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들은 피고인 4가 본부장으로 승진하기 전 즉, 2000. 7. 20. 이전에 피고인 4를 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사람들인바, 기록에 의하면 이 사건 투자회사 대구지점은 지점장-부지점장-본부장-실장-팀장-직원의 체계 아래 각 본부별로 본부장들이 팀장, 실장, 직원들에게 투자유치를 위한 교육 및 업무지시를 하는 등 투자유치활동을 총괄하였으며, 팀장, 실장은 본부장 아래의 직급자로 자신들이 직접 투자자를 모집하거나 자신의 팀에 속한 직원들을 관리하는 일을 한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고인 4가 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10으로부터 투자를 유치할 때는 본부장의 지시에 따르는 하위 직급자에 불과하여 이 사건 투자회사의 투자상품, 운영형태 및 상황, 재정상태 등을 자세히 알 수 있는 위치에 있었다고 보기 어려운 만큼 피고인 4에게 편취의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 피해자 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들이 이 사건과 관련하여 진술서를 작성하면서 자신들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4이었다고 기재하는 하였다.

그러나 원심증인 공소외 20, 7이 원심법정에서 한 각 진술(공판기록 제2503 내지 2512쪽, 제2739 내지 2742쪽), 수사기록에 편철된 대구지방법원 2001고단1977호 사건 판결문의 기재(위 판결문 별지 범죄일람표 제164, 169쪽), 검사가 작성한 공소외 21에 대한 진술조서의 진술기재(2004형제20124호 등 수사기록 제2454 내지 2458쪽)를 종합하면, 피해자 공소외 11에게 투자를 권유한 모집인은 공소외 22로 그는 피고인 7이 본부장으로 있던 제5본부의 팀장인 사실, 피해자 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에게 투자를 권유한 실장 역시 제5본부 소속이던 공소외 21인 사실을 인정할 수 있는 만큼 위 피해자들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4가 아니라 피고인 7인 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술서의 기재는 선뜻 믿기 어렵고, 달리 피고인 4가 위 피해자들의 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없다

(라) 소결론

그렇다면 원심이 위와 같은 이유로 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사가 당시에 이르러 피고인 1, 2, 3, 5, 6에 대한 각 일부 공소사실에 관하여 편취액을 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 바뀌었는바, 위 각 공소장 변경이 있는 부분은 원심이 피고인 1, 2, 5, 6에 대하여 유죄로 인정한 나머지 공소사실 및 피고인 3의 원심판시 제1의 가. (3) (나), 제1의 라. 중 (3), (4), 제1의 마. (3), 제2. 중 가., 나. (2), 다.

의 공소사실과 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 모두에 대하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인 만큼 원심판결 중 피고인 1, 2, 5, 6에 대한 부분 및 피고인 3의 위 공소사실에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

형의 변경에 따른 직권판단

기록에 의하면, 피고인 1, 2는 2001. 4. 24. 대구지방법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 3은 2000. 4. 26. 같은 법원에서 상법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 4. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 4, 7은 2001. 4. 24. 같은 법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 5는 2001. 4. 24. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 6은 2001. 6. 29. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 7. 7. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 각 죄와 위 판결이 확정되기 전에 범한 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7의 이 사건 각 범죄 및 피고인 3이 2000. 5. 4. 이전에 범한 원심판시 제1의 가. (3) (가), 제1의 라. (2), 제2의 나. (1)죄는 모두 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다.

한편 원심판결이 선고된 후인 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 형법 제39조 제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고, 개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인들에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로, 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 위 각 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조 제1항을 적용하여야 할 것인 만큼 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7 및 피고인 3의 원심판시 제1의 가. (3) (가), 제1의 라. (2), 제2의 나. (1)죄에 대하여 각 형사소송법 제383조 제2호 소정의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있게 되었다.

3. 결론

가. 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 각 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

나. 한편 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분에 관한 검사의 항소는 이유 있으며, 피고인들 모두에 대하여 직권파기 사유가 있으므로, 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6 및 검사의 양형부당 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이, ① 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분을, ② 각 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분 및 피고인 2, 4에 대한 각 유죄부분을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이 유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6

이 사건 범행의 경위, 특히 이 사건 범행은 주식회사 (상호 생략), (상호 생략)(이하 이 사건 투자회사라 한다)의 경영진 이던 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등이 주도하여 저지른 것이고, 위 피고인들은 대구지점 부지점장 및 본부장들에 불과하여 범행에 가담한 정도가 경미한 점 등에 비추어 원심이 위 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인의 점

(가) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 부분에 관하여 피고인 4가 원심법정에서 한 진술, 공소외 6이 작성한 진술서의 기재를 종합하면, 피해자 공소외 6이 2000. 8.부터 2001. 2.까지 피고인 4를 통해 13회에 걸쳐 이 사건 투자회사에 22억 6,750만 원을 투자한 사실, 위 투자내역은 모두 실제 자금을 교부함으로써 이루어진 것이고, 현실의 자금 수수 없이 공소외 6이 기존 투자금의 원리금을 반환받지 않고 이를 새로이 투자한 것으로 정리한 부분은 포함되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있다. 그런데도 원심은 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점 중 8억 원에 관한 부분을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(나) 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2에 대한 사기죄에 관하여

피고인 2가 검찰에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 등에 의하면, 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2는 모두 피고인 2를 통해 이 사건 투자회사에 자금을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 사기의 점과 피해자 공소외 7에 대한 일부 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(다) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기죄에 관하여

피고인 4, 7, 1이 검찰에서 한 각 진술, 공소외 15, 공소외 14, 공소외 12, 공소외 13이 작성한 각 진술서의 각 기재에 의하면, 피고인 4는 2001. 1. 15. 이후 피고인 7을 대신해서 제5본부장이 된 것이 아니라 2000. 9. 30.부터 이미 제5본부장으로써 투자자들을 모집하였고, 그 때부터 2001. 1. 15.까지 사이에 위 피해자들로부터 자금을 투자받은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인들은 금융다단계 조직을 이용한 이 사건 사기범행에 가담하여 수많은 피해자들로부터 200억 원이 넘는 금액을 편취하는 범행을 저질렀는데, 비록 피고인들이 주도적으로 이 사건 범행을 저지른 것은 아니라 하더라도 이 사건 범행의 죄질, 피해정도가 지극히 중대한 점 등에 비추어 원심이 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 원심판시 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 편취의 점에 관한 판단
특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 이득액은 범죄행위로 인하여 취득한 실질적인 이득의 합산액을 뜻하고, 사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 이미 있던 차입원리금을 주식 구입자금 또는 신규 차입금에 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니어서 별도의 죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001도2196 판결 참조)

공소외 6이 작성한 영수증(공판기록 제1606쪽)의 기재에 의하면, 공소외 6이 소지하고 있는 투자증서 중 8장, 8억 원 가량은 구 투자증서와의 교환용으로 교부받은 것인 사실을 인정할 수 있는바, 거기에 공소외 6의 투자기간, 횟수, 금액 등을 더하여 보면 원심판시 별지 범죄일람표(이하 원심판시 별지 범죄일람표를 별지 범죄일람표라 한다) (1) 제9 내지 12항 기재 투자내역은 공소외 6이 기존 투자금의 만기가 되자 이 사건 투자회사로부터 이를 상환 받지 않고 재투자한 것이고 현실의 자금 수수는 없었던 것으로 추정된다.

공소외 6이 작성한 진술서 및 피고인 4가 원심법정에서 한 일부 진술만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고, 달리 공소외 6이 이 사건 투자회사에 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금을 현실적으로 교부하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

그렇다면 원심이 피고인 1, 4에 대한 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금 편취의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2의 피해자 공소외 7에 대한 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 편취의 점에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 7의 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 7이 이 사건 투자회사 대구지점 제2본부 소속 투자모집인인 공소외 16 실장의 소개로 제2본부장이

던 피고인 3을 통해 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재와 같이 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 7이 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항}에 관한 판단

피고인 2가 당심법정에서 한 진술, 당심증인 공소외 1이 당심법정에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 (2002형제20233호 등 수사기록 제735쪽)를 종합하면, 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 2000. 3. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 사무실에서 피해자 공소외 1에게 "투자상품 1구좌를 500,000원 이상으로 하여 투자한도 제한 없이 투자하면 매월 3 내지 20퍼센트의 배당금을 지급하고, 투자유치 시 투자금 중 8퍼센트 이상의 투자유치수당을 지급 하겠다"라고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 투자금 명목으로 5,000,000원을 교부받은 것을 비롯하여 그로부터 2000. 12. 12.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항 기재와 같이 5회에 걸쳐 공소외 1로부터 투자금 명목으로 합계 18,000,000원을 교부받아 이를 편취한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점을 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(4) 피고인 2의 피해자 공소외 2에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (7)}에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 2의 별지 범죄일람표 (7) 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 2는 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부 소속 투자모집인인 공소외 17 실장의 소개로 제3본부장이던 공소외 18을 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 2가 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기의 점{별지 범죄일람표 (4) 제2, 17, 18, 28, 30, 32, 48 내지 51항}에 관한 판단

(가) 피고인 4가 본부장으로 일한 기간

원심증인 1, 공소외 19, 공소외 20, 피고인 7이 원심법정에서 한 각 진술, 검사가 작성한 피고인 4에 대한 피의자신문조서의 진술기재 등 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면, 피고인 4는 2000. 1. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부장이던 공소외 18의 권유로 팀장으로 입사하였다가 2000. 7. 20. 비로소 제8본부장으로 승진하였고, 2001. 1. 25. 제5본부장이던 피고인 7이 사표를 제출한 이후 제5본부의 업무를 인수하여 제5본부장까지 맡은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들은 피고인 4가 본부장으로 승진하기 전 즉, 2000. 7. 20. 이전에 피고인 4를 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사람들인바, 기록에 의하면 이 사건 투자회사 대구지점은 지점장-부지점장-본부장-실장-팀장-직원의 체계 아래

각 본부별로 본부장들이 팀장, 실장, 직원들에게 투자유치를 위한 교육 및 업무지시를 하는 등 투자유치활동을 총괄 하였으며, 팀장, 실장은 본부장 아래의 직급자로 자신들이 직접 투자자를 모집하거나 자신의 팀에 속한 직원들을 관리하는 일을 한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고인 4가 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10으로부터 투자를 유치할 때는 본부장의 지시에 따르는 하위 직급자에 불과하여 이 사건 투자회사의 투자상품, 운영형태 및 상황, 재정상태 등을 자세히 알 수 있는 위치에 있었다고 보기 어려운 만큼 피고인 4에게 편취의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 피해자 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들이 이 사건과 관련하여 진술서를 작성하면서 자신들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4이었다고 기재하는 하였다.

그러나 원심증인 공소외 20, 7이 원심법정에서 한 각 진술(공판기록 제2503 내지 2512쪽, 제2739 내지 2742쪽), 수사 기록에 편철된 대구지방법원 2001고단1977호 사건 판결문의 기재(위 판결문 별지 범죄일람표 제164, 169쪽), 검사가 작성한 공소외 21에 대한 진술조서의 진술기재(2004형제20124호 등 수사기록 제2454 내지 2458쪽)를 종합하면, 피해자 공소외 11에게 투자를 권유한 모집인은 공소외 22로 그는 피고인 7이 본부장으로 있던 제5본부의 팀장인 사실, 피해자 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에게 투자를 권유한 실장 역시 제5본부 소속이던 공소외 21인 사실을 인정할 수 있는 만큼 위 피해자들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4가 아니라 피고인 7인 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술서의 기재는 선뜻 믿기 어렵고, 달리 피고인 4가 위 피해자들의 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없다

(라) 소결론

그렇다면 원심이 위와 같은 이유로 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사가 당심에 이르러 피고인 1, 2, 3, 5, 6에 대한 각 일부 공소사실에 관하여 편취액을 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 바뀌었는바, 위 각 공소장 변경이 있는 부분은 원심이 피고인 1, 2, 5, 6에 대하여 유죄로 인정한 나머지 공소사실 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (나), 제1.의 라. 중 (3), (4), 제1.의 마. (3), 제2. 중 가., 나. (2), 다.

의 공소사실과 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 모두에 대하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인 만큼 원심판결 중 피고인 1, 2, 5, 6에 대한 부분 및 피고인 3의 위 공소사실에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

형의 변경에 따른 직권판단

기록에 의하면, 피고인 1, 2는 2001. 4. 24. 대구지방법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 3은 2000. 4. 26. 같은 법원에서 상법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 4. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 4, 7은 2001. 4. 24. 같은 법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 5는 2001. 4. 24. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 6은 2001. 6. 29. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 7. 7. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 각 죄와 위 판결이 확정되기 전에 범한 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7의 이 사건 각 범죄 및 피고인 3이 2000. 5. 4. 이전에 범한 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄는 모두 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다.

한편 원심판결이 선고된 후인 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 형법 제39조 제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고, 개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인들에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로, 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 위 각 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조 제1항을 적용하여야 할 것인 만큼 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄에 대하여 각 형사소송법 제383조 제2호 소정의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있게 되었다.

3. 결론

가. 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 각 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

나. 한편 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분에 관한 검사의 항소는 이유 있으며, 피고인들 모두에 대하여 직권파기 사유가 있으므로, 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6 및 검사의 양형부당 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이, ① 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분을, ② 각 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분 및 피고인 2, 4에 대한 각 유죄부분을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】1. 항소이유의 요지

가. 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6

이 사건 범행의 경위, 특히 이 사건 범행은 주식회사 (상호 생략), (상호 생략)(이하 이 사건 투자회사라 한다)의 경영진이던 공소외 3, 공소외 4, 공소외 5 등이 주도하여 저지른 것이고, 위 피고인들은 대구지점 부지점장 및 본부장들에 불과하여 범행에 가담한 정도가 경미한 점 등에 비추어 원심이 위 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 무거워서 부당하다.

나. 검사

(1) 사실오인의 점

(가) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄 부분에 관하여

피고인 4가 원심법정에서 한 진술, 공소외 6이 작성한 진술서의 기재를 종합하면, 피해자 공소외 6이 2000. 8.부터 2001. 2.까지 피고인 4를 통해 13회에 걸쳐 이 사건 투자회사에 22억 6,750만 원을 투자한 사실, 위 투자내역은 모두 실제 자금을 교부함으로써 이루어진 것이고, 현실의 자금 수수 없이 공소외 6이 기존 투자금의 원리금을 반환받지 않고 이를 새로이 투자한 것으로 정리한 부분은 포함되어 있지 않은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)의 점 중 8억 원에 관한 부분을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(나) 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2에 대한 사기죄에 관하여

피고인 2가 검찰에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재 등에 의하면, 피해자 공소외 1, 공소외 7, 공소외 2는 모두 피고인 2를 통해 이 사건 투자회사에 자금을 투자한 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1, 공소외 2에 대한 사기의 점과 피해자 공소외 7에 대한 일부 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(다) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기죄에 관하여

피고인 4, 7, 1이 검찰에서 한 각 진술, 공소외 15, 공소외 14, 공소외 12, 공소외 13이 작성한 각 진술서의 각 기재에 의하면, 피고인 4는 2001. 1. 15. 이후 피고인 7을 대신해서 제5본부장이 된 것이 아니라 2000. 9. 30.부터 이미 제5본부장으로써 투자자들을 모집하였고, 그 때부터 2001. 1. 15.까지 사이에 위 피해자들로부터 자금을 투자받은 사실을 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(2) 양형부당의 점

피고인들은 금융다단계 조직을 이용한 이 사건 사기범행에 가담하여 수많은 피해자들로부터 200억 원이 넘는 금액을 편취하는 범행을 저질렀는데, 비록 피고인들이 주도적으로 이 사건 범행을 저지른 것은 아니라 하더라도 이 사건 범행의 죄질, 피해정도가 지극히 중대한 점 등에 비추어 원심이 피고인들에게 선고한 각 형은 너무 가벼워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 피고인 1, 4의 피해자 공소외 6에 대한 원심판시 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 편취의 점에 관한 판단

특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조 제1항의 이득액은 범죄행위로 인하여 취득한 실질적인 이득의 합산액을 뜻하고, 사기죄는 기망으로 인한 재물의 교부가 있으면 바로 성립하며, 그 후 피해자를 기망하여 편취한 재물의 반환을 회피할 목적으로 현실적인 자금의 수수 없이 이미 있던 차입원리금을 주식 구입자금 또는 신규 차입금에 새로이 투자하는 형식을 취하였다 하더라도 이는 새로운 법익을 침해하는 것이 아니어서 별도의 죄를 구성하지 않는다.

(대법원 2001. 7. 24. 선고 2001도2196 판결 참조)

공소외 6이 작성한 영수증(공판기록 제1606쪽)의 기재에 의하면, 공소외 6이 소지하고 있는 투자증서 중 8장, 8억 원 가량은 구 투자증서와의 교환용으로 교부받은 것인 사실을 인정할 수 있는바, 거기에 공소외 6의 투자기간, 횟수, 금액 등을 더하여 보면 원심판시 별지 범죄일람표(이하 원심판시 별지 범죄일람표를 별지 범죄일람표라 한다) (1) 제9 내지 12항 기재 투자내역은 공소외 6이 기존 투자금의 만기가 되자 이 사건 투자회사로부터 이를 상환 받지 않고 재투자한 것이고 현실의 자금 수수는 없었던 것으로 추정된다.

공소외 6이 작성한 진술서 및 피고인 4가 원심법정에서 한 일부 진술만으로는 위 추정을 뒤집기에 부족하고, 달리 공소외 6이 이 사건 투자회사에 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금을 현실적으로 교부하였다는 사실을 인정할 증거가 없다.

그렇다면 원심이 피고인 1, 4에 대한 별지 범죄일람표 (1) 제9 내지 12항 기재 투자금 편취의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

(2) 피고인 2의 피해자 공소외 7에 대한 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 편취의 점에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 7의 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 7이 이 사건 투자회사 대구지점 제2본부 소속 투자모집인인 공소외 16 실장의 소개로 제2본부장이던 피고인 3을 통해 별지 범죄일람표 (2) 제3 내지 7항 기재와 같이 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 7이 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(3) 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점(별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항)에 관한 판단

피고인 2가 당심법정에서 한 진술, 당심증인 공소외 1이 당심법정에서 한 진술, 공소외 1이 작성한 진술서의 기재(2002형제20233호 등 수사기록 제735쪽)를 종합하면, 피고인 2가 피고인 1과 공모하여 2000. 3. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 사무실에서 피해자 공소외 1에게 "투자상품 1구좌를 500,000원 이상으로 하여 투자한도 제한 없이 투자하면 매월 3 내지 20퍼센트의 배당금을 지급하고, 투자유치 시 투자금 중 8퍼센트 이상의 투자유치수당을 지급 하겠다"라고 거짓말하여 이에 속은 공소외 1로부터 투자금 명목으로 5,000,000원을 교부받은 것을 비롯하여 그때부터 2000. 12. 12.경까지 사이에 별지 범죄일람표 (2) 제20, 21, 23, 82, 83항 기재와 같이 5회에 걸쳐 공소외 1로부터 투자금 명목으로 합계 18,000,000원을 교부받아 이를 편취한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

그런데도 원심은 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점을 인정할 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였으니, 이와 관련한 원심판결에는 사실을 오인한 위법이 있다.

(4) 피고인 2의 피해자 공소외 2에 대한 사기의 점{별지 범죄일람표 (7)}에 관한 판단

원심은, 피고인 2가 피해자 공소외 2의 별지 범죄일람표 (7) 기재 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없고, 오히려 공소외 2는 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부 소속 투자모집인인 공소외 17 실장의 소개로 제3본부장이던 공소외 18을 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사실을 인정할 수 있을 뿐이라고 판단하였는바, 당심증인 공소외 2가 당심법정에서 한 진술도 이에 부합하는 만큼 이와 관련한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

(5) 피고인 4의 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10, 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 각 사기의 점{별지 범죄일람표 (4) 제2, 17, 18, 28, 30, 32, 48 내지 51항}에 관한 판단

(가) 피고인 4가 본부장으로 일한 기간

원심증인 1, 공소외 19, 공소외 20, 피고인 7이 원심법정에서 한 각 진술, 검사가 작성한 피고인 4에 대한 피의자신문조서의 진술기재 등 원심이 적법하게 조사하여 채택한 증거들을 종합하면, 피고인 4는 2000. 1. 20.경 이 사건 투자회사 대구지점 제3본부장이던 공소외 18의 권유로 팀장으로 입사하였다가 2000. 7. 20. 비로소 제8본부장으로 승진하였고, 2001. 1. 25. 제5본부장이던 피고인 7이 사표를 제출한 이후 제5본부의 업무를 인수하여 제5본부장까지 맡은 사실을 인정할 수 있다.

(나) 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들은 피고인 4가 본부장으로 승진하기 전 즉, 2000. 7. 20. 이전에 피고인 4를 통해 이 사건 투자회사에 투자한 사람들인바, 기록에 의하면 이 사건 투자회사 대구지점은 지점장-부지점장-본부장-실장-팀장-직원의 체계 아래 각 본부별로 본부장들이 팀장, 실장, 직원들에게 투자유치를 위한 교육 및 업무지시를 하는 등 투자유치활동을 총괄하였으며, 팀장, 실장은 본부장 아래의 직급자로 자신들이 직접 투자자를 모집하거나 자신의 팀에 속한 직원들을 관리하는 일을 한 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면 피고인 4가 피해자 공소외 8, 공소외 9, 공소외 10으로부터 투자를 유치할 때는 본부장의 지시에 따르는 하위 직급자에 불과하여 이 사건 투자회사의 투자상품, 운영형태 및 상황, 재정상태 등을 자세히 알 수 있는 위치에 있었다고 보기 어려운 만큼 피고인 4에게 편취의 고의가 있었다고 인정하기 어렵다.

(다) 피해자 공소외 11, 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에 대한 사기의 점에 관한 판단

위 피해자들이 이 사건과 관련하여 진술서를 작성하면서 자신들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4이었다고 기재하는 하였다.

그러나 원심증인 공소외 20, 7이 원심법정에서 한 각 진술(공판기록 제2503 내지 2512쪽, 제2739 내지 2742쪽), 수사기록에 편철된 대구지방법원 2001고단1977호 사건 판결문의 기재(위 판결문 별지 범죄일람표 제164, 169쪽), 검사가 작성한 공소외 21에 대한 진술조서의 진술기재(2004형제20124호 등 수사기록 제2454 내지 2458쪽)를 종합하면, 피해자 공소외 11에게 투자를 권유한 모집인은 공소외 22로 그는 피고인 7이 본부장으로 있던 제5본부의 팀장인 사실, 피해자 공소외 12, 공소외 13, 공소외 14, 공소외 15에게 투자를 권유한 실장 역시 제5본부 소속이던

공소외 21인 사실을 인정할 수 있는 만큼 위 피해자들의 투자에 관여한 본부장은 피고인 4가 아니라 피고인 7인 것으로 보인다.

따라서 위 각 진술서의 기재는 선뜻 믿기 어렵고, 달리 피고인 4가 위 피해자들의 투자에 관여하였다고 볼 증거가 없다

(라) 소결론

그렇다면 원심이 위와 같은 이유로 피고인 4의 위 피해자들에 대한 각 사기의 점을 무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 검사가 주장하는 바와 같은 사실오인의 위법이 있다고 할 수 없다.

나. 공소장 변경에 따른 직권판단

검사가 당심에 이르러 피고인 1, 2, 3, 5, 6에 대한 각 일부 공소사실에 관하여 편취액을 변경하는 공소장변경허가신청을 하였고, 당원이 이를 허가함으로써 심판의 대상이 바뀌었는바, 위 각 공소장 변경이 있는 부분은 원심이 피고인 1, 2, 5, 6에 대하여 유죄로 인정한 나머지 공소사실 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (나), 제1.의 라. 중 (3), (4), 제1.의 마. (3), 제2. 중 가., 나. (2), 다.

의 공소사실과 각 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있어 모두에 대하여 하나의 형을 선고하여야 할 것인 만큼 원심판결 중 피고인 1, 2, 5, 6에 대한 부분 및 피고인 3의 위 공소사실에 관한 부분은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

다.

형의 변경에 따른 직권판단

기록에 의하면, 피고인 1, 2는 2001. 4. 24. 대구지방법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 2년에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 3은 2000. 4. 26. 같은 법원에서 상법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 4. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 4, 7은 2001. 4. 24. 같은 법원에서 유사수신행위의규제에관한법률위반죄로 각 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었고, 피고인 5는 2001. 4. 24. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년 6월에 집행유예 3년을 선고받고 같은 해 5. 3. 그 판결이 확정되었으며, 피고인 6은 2001. 6. 29. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고받고 같은 해 7. 7. 그 판결이 확정된 사실을 인정할 수 있는바, 금고 이상의 형에 처한 판결이 확정된 위 각 죄와 위 판결이 확정되기 전에 범한 피고인 1, 2, 4, 5, 6, 7의 이 사건 각 범죄 및 피고인 3이 2000. 5. 4. 이전에 범한 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄는 모두 형법 제37조 후단에 규정된 경합범 관계에 있다.

한편 원심판결이 선고된 후인 2005. 7. 29. 법률 제7623호로 형법 제39조 제1항이 개정되어, 경합범 중 판결을 받지 아니한 죄가 있는 때에는 그 죄와 판결이 확정된 죄를 동시에 판결할 경우와 형평을 고려하여 그 죄에 대하여 형을 선고하되, 이 경우 그 형을 감경 또는 면제할 수 있게 되었고, 개정 형법 부칙에 의하면, 종전의 규정을 적용하는 것이 행위자에게 유리한 경우를 제외하고는 원칙적으로 그 시행 전에 행하여진 죄에 대하여도 개정법률을 적용하여야 하는바, 이 사건의 경우 종전의 규정을 적용하는 것이 피고인들에게 유리한 경우에 해당하지 아니하므로, 징역형에 처한 위 판결의 확정 이전에 범한 위 각 범죄에 대하여도 개정 형법 제39조 제1항을 적용하여야 할 것인 만큼 피고

인 1, 2, 4, 5, 6, 7 및 피고인 3의 원심판시 제1.의 가. (3) (가), 제1.의 라. (2), 제2.의 나. (1)죄에 대하여 각 형사소송법 제383조 제2호 소정의 '판결 후 형의 변경이 있는 때'에 해당하는 사유가 있게 되었다.

3. 결론

가. 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 2에 관한 사기의 점 부분 및 피고인 4에 대한 무죄부분에 관한 검사의 항소는 모두 이유 없으므로, 각 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 이를 기각한다.

나. 한편 피고인 2의 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분에 관한 검사의 항소는 이유 있으며, 피고인들 모두에 대하여 직권파기 사유가 있으므로, 피고인 1, 2, 3, 4, 5, 6 및 검사의 양형부당 주장에 대하여 나아가 살펴 볼 필요 없이, ① 형사소송법 제364조 제6항에 의하여 원심판결의 피고인 2에 대한 무죄부분 중 피해자 공소외 1에 대한 사기의 점 부분을, ② 각 형사소송법 제364조 제2항에 의하여 원심판결 중 피고인 1, 3, 5, 6, 7에 대한 부분 및 피고인 2, 4에 대한 각 유죄부분을 각 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.