

## 횡령·사기방조·전자금융거래법위반·사기

[서울북부지방법원 2017. 2. 1. 2016노2422]



### 【전문】

#### 【피고인】

【항소인】 검사

【검사】 안인수, 박순애(기소), 이경석(공판)

【변호인】 변호사 강은현

【원심판결】 서울북부지방법원 2016. 11. 2. 선고 2016고단3587, 4127(병합) 판결

### 【주문】

원심판결 중 유죄부분을 파기한다.

피고인 1에 대한 형을 징역 장기 1년 6월, 단기 1년으로, 피고인 2에 대한 형을 징역 1년 6월로 각 정한다.

압수된 휴대폰 1대(증 제1호)를 피고인 1로부터 몰수한다.

검사의 나머지 항소를 기각한다.

#### 【이유】 1. 항소이유의 요지(검사)

##### 가. 법리오해

원심은, 피고인들의 횡령 범행의 경우, 사기방조 범행의 불가별적 사후행위로 보고 무죄를 선고하였으나, 피고인들은 사기 범행의 정범이 아닌 방조범에 불과하므로, 사기범행으로 취득된 예금을 방조범이 횡령하는 것은 불가별적 사후행위에 해당하지 않는다.

원심 판결에는 이 부분에 대한 법리오해의 잘못이 있다.

##### 나. 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

#### 2. 판단

##### 가. 법리오해 주장에 대한 판단

이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인들이 예금계좌를 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인들이 피해자로부터 피고인들이 제공한 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결 참조). 이처럼 피고인들이 제공한 예금계좌로 피해자의 돈이 입금됨으로써 사기범행이 종료되어 사기죄가 기수에 이르고, 피해자들의 피해에 대한 법적평가가 완료되므로, 그 이후 사기방조범인 피고인들이 예금계좌에서 예금을 몰래 인출한다 하여도, 피해자에 대한 관계에서, 선행 사기범행이 침해한 법익의 양을 초과하지 않는다.

따라서 이러한 인출행위는 피해자에 대한 새로운 법익의 침해가 없어 불가별적 사후행위에 해당하여 사기죄에 흡수된다.

이와 달리 정범이 아닌 교사범, 방조범들의 이러한 예금 인출행위는 사기죄의 불가별적 사후행위에 해당하지 않고 별도로 횡령죄를 구성한다는 견해가 있다.

그러나 공범은 정범의 행위를 야기 또는 촉진함으로써 정범의 행위에 가담하고, 공범의 성립은 정범의 성립에 종속되어, 결국 공범의 불법은 정범의 불법에서 나온다.

정범은 공범보다 책임이 중하다 할 것인데, 정범과 달리 공범의 경우에만 추가로 횡령죄가 성립된다고 한다면, 본 범보다 공범이 더 많이 처벌되는 결과여서 책임주의 원칙에 반한다.

따라서 사기범행으로 취득한 예금을 방조범이 인출하는 행위 역시 사기죄의 불가별적 사후행위 내지 공범 내부의 수익분배문제에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

또한 피해자에 대한 사기범행에 가담한 피고인들은, 기망이라는 수단을 통해 피해자의 재물이나 재산상 이익을 빼앗아 온 이익침탈관계에 있으므로, 피해자로부터 편취한 예금에 대해 피해자와 사이에서 횡령죄의 구성요건을 이루는 위탁, 신임관계에 의해 보관하고 있다고 할 수도 없다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 횡령의 공소사실에 대해 무죄를 선고한 것은 정당하다.

검사의 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

#### 나. 직권판단

검사의 양형부당 주장에 관한 판단에 앞서 직권으로 본다.

검사는 항소심에서 2016고단3587 공소사실 1항 중 "이에 피고인들은 '2016. 5. 1.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

" 부분을 "이에 피고인들은 '2016. 5. 11.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호 및 피고인들의 지인 공소외인 명의의 기업은행 계좌(계좌 번호 2 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

"로 변경하고, 적용법조에 '형법 제40조'를 추가하는 내용의 공소장변경허가 신청을 하였고, 이 법원이 공소장변경을 허가함으로써 심판대상이 달라졌다.

이 부분 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

### 3. 결 론

원심판결의 유죄부분은 이와 같이 일부 직권 파기사유가 있고, 나머지 유죄 부분과 함께 다시 형을 정하여야 한다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

검사의 나머지 항소는 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지(검사)

##### 가. 법리오해

원심은, 피고인들의 횡령 범행의 경우, 사기방조 범행의 불가별적 사후행위로 보고 무죄를 선고하였으나, 피고인들은 사기 범행의 정범이 아닌 방조범에 불과하므로, 사기범행으로 취득된 예금을 방조범이 횡령하는 것은 불가별적 사후행위에 해당하지 않는다.

원심 판결에는 이 부분에 대한 법리오해의 잘못이 있다.

#### 나. 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 판 단

#### 가. 법리오해 주장에 대한 판단

이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인들이 예금계좌를 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인들이 피해자로부터 피고인들이 제공한 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결 참조). 이처럼 피고인들이 제공한 예금계좌로 피해자의 돈이 입금됨으로써 사기범행이 종료되어 사기죄가 기수에 이르고, 피해자들의 피해에 대한 법적평가가 완료되므로, 그 이후 사기방조범인 피고인들이 예금계좌에서 예금을 몰래 인출한다 하여도, 피해자에 대한 관계에서, 선행 사기범행이 침해한 법익의 양을 초과하지 않는다.

따라서 이러한 인출행위는 피해자에 대한 새로운 법익의 침해가 없어 불가별적 사후행위에 해당하여 사기죄에 흡수된다.

이와 달리 정범이 아닌 교사범, 방조범들의 이러한 예금 인출행위는 사기죄의 불가별적 사후행위에 해당하지 않고 별도로 횡령죄를 구성한다는 견해가 있다.

그러나 공범은 정범의 행위를 야기 또는 촉진함으로써 정범의 행위에 가담하고, 공범의 성립은 정범의 성립에 종속되어, 결국 공범의 불법은 정범의 불법에서 나온다.

정범은 공범보다 책임이 중하다 할 것인데, 정범과 달리 공범의 경우에만 추가로 횡령죄가 성립된다고 한다면, 본범보다 공범이 더 많이 처벌되는 결과여서 책임주의 원칙에 반한다.

따라서 사기범행으로 취득한 예금을 방조범이 인출하는 행위 역시 사기죄의 불가별적 사후행위 내지 공범 내부의 수익분배문제에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

또한 피해자에 대한 사기범행에 가담한 피고인들은, 기망이라는 수단을 통해 피해자의 재물이나 재산상 이익을 빼앗아 온 이익침탈관계에 있으므로, 피해자로부터 편취한 예금에 대해 피해자와 사이에서 횡령죄의 구성요건을 이루는 위탁, 신임관계에 의해 보관하고 있다고 할 수도 없다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 횡령의 공소사실에 대해 무죄를 선고한 것은 정당하다.

검사의 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

#### 나. 직권판단

검사의 양형부당 주장에 관한 판단에 앞서 직권으로 본다.

검사는 항소심에서 2016고단3587 공소사실 1항 중 "이에 피고인들은 '2016. 5. 1.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

" 부분을 "이에 피고인들은 '2016. 5. 11.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호 및 피고인들의 지인 공소외인 명의의 기업은행 계좌(계좌 번호 2 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를' 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

"로 변경하고, 적용법조에 '형법 제40조'를 추가하는 내용의 공소장변경허가 신청을 하였고, 이 법원이 공소장변경을 허가함으로써 심판대상이 달라졌다.

이 부분 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

### 3. 결 론

원심판결의 유죄부분은 이와 같이 일부 직권 파기사유가 있고, 나머지 유죄 부분과 함께 다시 형을 정하여야 한다. 따라서 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

검사의 나머지 항소는 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지(검사)

##### 가. 법리오해

원심은, 피고인들의 횡령 범행의 경우, 사기방조 범행의 불가별적 사후행위로 보고 무죄를 선고하였으나, 피고인들은 사기 범행의 정범이 아닌 방조범에 불과하므로, 사기범행으로 취득된 예금을 방조범이 횡령하는 것은 불가별적 사후행위에 해당하지 않는다.

원심 판결에는 이 부분에 대한 법리오해의 잘못이 있다.

##### 나. 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 판 단

##### 가. 법리오해 주장에 대한 판단

이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인들이 예금계좌를 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인들이 피해자로부터 피고인들이 제공한 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결 참조). 이처럼 피고인들이 제공한 예금계좌로 피해자의 돈이 입금됨으로써 사기범행이 종료되어 사기죄가 기수에 이르고, 피해자들의 피해에 대한 법적평가가 완료되므로, 그 이후 사기방조범인 피고인들이 예금계좌에서 예금을 몰래 인출한다 하여도, 피해자에 대한 관계에서, 선행 사기범행이 침해한 법익의 양을 초과하지 않는다.

따라서 이러한 인출행위는 피해자에 대한 새로운 법익의 침해가 없어 불가별적 사후행위에 해당하여 사기죄에 흡수된다.

이와 달리 정범이 아닌 교사범, 방조범들의 이러한 예금 인출행위는 사기죄의 불가별적 사후행위에 해당하지 않고 별도로 횡령죄를 구성한다는 견해가 있다.

그러나 공범은 정범의 행위를 야기 또는 촉진함으로써 정범의 행위에 가담하고, 공범의 성립은 정범의 성립에 종속되어, 결국 공범의 불법은 정범의 불법에서 나온다.

정범은 공범보다 책임이 중하다 할 것인데, 정범과 달리 공범의 경우에만 추가로 횡령죄가 성립된다고 한다면, 본 범보다 공범이 더 많이 처벌되는 결과여서 책임주의의 원칙에 반한다.

따라서 사기범행으로 취득한 예금을 방조범이 인출하는 행위 역시 사기죄의 불가별적 사후행위 내지 공범 내부의 수익분배문제에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

또한 피해자에 대한 사기범행에 가담한 피고인들은, 기망이라는 수단을 통해 피해자의 재물이나 재산상 이익을 빼앗아 온 이익침탈관계에 있으므로, 피해자로부터 편취한 예금에 대해 피해자와 사이에서 횡령죄의 구성요건을 이루는 위탁, 신임관계에 의해 보관하고 있다고 할 수도 없다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 횡령의 공소사실에 대해 무죄를 선고한 것은 정당하다.

검사의 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

#### 나. 직권판단

검사의 양형부당 주장에 관한 판단에 앞서 직권으로 본다.

검사는 항소심에서 2016고단3587 공소사실 1항 중 "이에 피고인들은 '2016. 5. 1.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 콕서비스를 통하여 피고인 2 명의의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

" 부분을 "이에 피고인들은 '2016. 5. 11.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 콕서비스를 통하여 피고인 2 명의의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호 및 피고인들의 지인 공소외인 명의의 기업은행 계좌(계좌 번호 2 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를' 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

"로 변경하고, 적용법조에 '형법 제40조'를 추가하는 내용의 공소장변경허가 신청을 하였고, 이 법원이 공소장변경을 허가함으로써 심판대상이 달라졌다.

이 부분 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

### 3. 결 론

원심판결의 유죄부분은 이와 같이 일부 직권 파기사유가 있고, 나머지 유죄 부분과 함께 다시 형을 정하여야 한다.

따라서 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

검사의 나머지 항소는 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다.

#### 【이 유】1. 항소이유의 요지(검사)

##### 가. 법리오해

원심은, 피고인들의 횡령 범행의 경우, 사기방조 범행의 불가별적 사후행위로 보고 무죄를 선고하였으나, 피고인들은 사기 범행의 정범이 아닌 방조범에 불과하므로, 사기범행으로 취득된 예금을 방조범이 횡령하는 것은 불가별적 사후행위에 해당하지 않는다.

원심 판결에는 이 부분에 대한 법리오해의 잘못이 있다.

##### 나. 양형부당

원심이 피고인들에게 선고한 형은 너무 가벼워서 부당하다.

### 2. 판 단

### 가. 법리오해 주장에 대한 판단

이 사건의 경우 본범의 사기행위는 피고인들이 예금계좌를 본범에게 양도한 방조행위가 가공되어 본범에게 편취금이 귀속되는 과정 없이 피고인들이 피해자로부터 피고인들이 제공한 예금계좌로 돈을 송금받아 취득함으로써 종료된다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도6256 판결 참조). 이처럼 피고인들이 제공한 예금계좌로 피해자의 돈이 입금됨으로써 사기범행이 종료되어 사기죄가 기수에 이르고, 피해자들의 피해에 대한 법적평가가 완료되므로, 그 이후 사기방조범인 피고인들이 예금계좌에서 예금을 몰래 인출한다 하여도, 피해자에 대한 관계에서, 선행 사기범행이 침해한 법익의 양을 초과하지 않는다.

따라서 이러한 인출행위는 피해자에 대한 새로운 법익의 침해가 없어 불가별적 사후행위에 해당하여 사기죄에 흡수된다.

이와 달리 정범이 아닌 교사범, 방조범들의 이러한 예금 인출행위는 사기죄의 불가별적 사후행위에 해당하지 않고 별도로 횡령죄를 구성한다는 견해가 있다.

그러나 공범은 정범의 행위를 야기 또는 촉진함으로써 정범의 행위에 가담하고, 공범의 성립은 정범의 성립에 종속되어, 결국 공범의 불법은 정범의 불법에서 나온다.

정범은 공범보다 책임이 중하다 할 것인데, 정범과 달리 공범의 경우에만 추가로 횡령죄가 성립된다고 한다면, 본범보다 공범이 더 많이 처벌되는 결과여서 책임주의 원칙에 반한다.

따라서 사기범행으로 취득한 예금을 방조범이 인출하는 행위 역시 사기죄의 불가별적 사후행위 내지 공범 내부의 수익분배문제에 불과하여 별도로 횡령죄가 성립하지 않는다.

또한 피해자에 대한 사기범행에 가담한 피고인들은, 기망이라는 수단을 통해 피해자의 재물이나 재산상 이익을 빼앗아 온 이익침탈관계에 있으므로, 피해자로부터 편취한 예금에 대해 피해자와 사이에서 횡령죄의 구성요건을 이루는 위탁, 신임관계에 의해 보관하고 있다고 할 수도 없다.

원심이 그 판시와 같은 이유로 횡령의 공소사실에 대해 무죄를 선고한 것은 정당하다.

검사의 법리오해 주장은 받아들이지 않는다.

### 나. 직권판단

검사의 양형부당 주장에 관한 판단에 앞서 직권으로 본다.

검사는 항소심에서 2016고단3587 공소사실 1항 중 "이에 피고인들은 '2016. 5. 1.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

" 부분을 "이에 피고인들은 '2016. 5. 11.경' 대전 동구에 있는 시애틀모텔 앞 길에서 퀵서비스를 통하여 피고인 2 명의 신협 계좌(계좌번호 1 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호 및 피고인들의 지인 공소외인 명의의 기업은행 계좌(계좌 번호 2 생략)와 연결된 체크카드, 비밀번호를 성명불상자에게 양도하고 그 대가로 80만 원을 받았다.

"로 변경하고, 적용법조에 '형법 제40조'를 추가하는 내용의 공소장변경허가 신청을 하였고, 이 법원이 공소장변경을 허가함으로써 심판대상이 달라졌다.

이 부분 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

### 3. 결 론

원심판결의 유죄부분은 이와 같이 일부 직권 파기사유가 있고, 나머지 유죄 부분과 함께 다시 형을 정하여야 한다. 따라서 검사의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채, 형사소송법 제364조 제2항, 제6항에 따라 원심판결 중 유죄부분을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

검사의 나머지 항소는 형사소송법 제364조 제4항에 의하여 기각한다.