

특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)(예비적죄명:조세범처벌  
법위반)·사기미수·사문서위조·위조사문서행사·전자금융거래법위반  
·사기(예비적죄명:조세범처벌법위반)·사기방조(예비적죄명:조세범  
처벌법위반방조)



[서울고등법원 2021. 6. 4. 2020노2026]

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 8인

【항 소 인】 피고인 1 및 검사

【검 사】 김영준(기소), 이용일(공판)

【변 호 인】 변호사 김진태 외 5인

【원심판결】 인천지방법원 2020. 10. 27. 선고 2020고합339(분리) 판결

【주 문】

원심판결 중 ‘피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분’ 및 ‘피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분’을 파기한다.  
피고인 1을 징역 2년 6월, 피고인 2를 징역 2년, 피고인 3을 징역 6월, 피고인 4를 징역 6월, 피고인 5를 징역 6월,  
피고인 6을 징역 6월, 피고인 7을 징역 6월, 피고인 8을 벌금 400만 원, 피고인 9를 벌금 400만 원에 각 처한다.  
피고인 8, 피고인 9가 각 벌금을 납입하지 않는 경우 각 100,000원을 1일로 환산한 기간 노역장에 유치한다.

다만, 이 판결 확정일부터 피고인 2에 대하여 3년간, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7에 대하여 각 2년간 형  
의 집행을 유예한다.

피고인 2, 피고인 6에게 각 120시간, 피고인 4, 피고인 5, 피고인 7에게 각 80시간의 사회봉사를 명한다.

압수된 BC카드 매출전표 12개(증 제22호), BC카드 매출전표 1개(증 제55호)를 피고인 1, 피고인 2로부터 각 몰수한  
다.

원심판결의 무죄 부분 중 ‘피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기,  
피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조  
부분’에 대한 검사의 항소를 기각한다.

【이 유】1. 개 요

가. 검사는 ‘[1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의  
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기  
미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3]  
피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인  
5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인  
5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융  
거래법위반).’라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

## 2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

### 가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

### 나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기'를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

'라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

'라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

종전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

(1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○몰), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○몰), 공소외 5(◇◇몰) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(◁◁◁◁), 공소외 10(▷▷▷▷) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠몰), 공소외 11(♡♡♡), 공소외 12(●●●), 공소외 13(▲▲몰), 공소외 14(■ ■ ■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♥♥), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계

87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '♀♀스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(♀♀♀♀), 공소외 21(♀♀♀♀♣♣), 공소외 22(♀♀♥♥♥♥), 공소외 23(♀♀♠♠♠♠), 공소외 24(♀♀▶▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을 무죄로 판단하였다.

## (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다).

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

## (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

## (2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는

어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방법국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방법국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소외 25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방법국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방법국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방법국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

### (3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

### 3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다. 사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상 '범죄'에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 '대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 '피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분' 및 [2], [5] 부분인 '피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분'에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분', [4] 부분인 '피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분'에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.

【이 유】1. 개 요

가. 검사는 '[1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3]

피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융 거래법위반).’라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

## 2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

### 가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

### 나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 ‘피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기’를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 ‘사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

’라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 ‘사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

’라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

종전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

(1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○물), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○물), 공소외 5(◇◇물) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(<<<<<), 공소외 10(>>>>>) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을

편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠물), 공소외 11(♡♡♡), 공소외 12(●●●), 공소외 13(▲▲물), 공소외 14(■●■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 함께 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♡♡), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 함께 87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '쑈쑈스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 함께 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(○○♣♣), 공소외 21(○○○♣♣), 공소외 22(○○♡♡♡), 공소외 23(○○♠♠♠), 공소외 24(○○▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 함께 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을 무죄로 판단하였다.

## (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여

무죄를 선고하여야 한다.

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

#### (2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는 어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방법국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방법국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소외 25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방법국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방법국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방법국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

### (3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

### 3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다.

사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

#### 나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상 '범죄'에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 '대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

#### 4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 '피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분' 및 [2], [5] 부분인 '피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분'에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분', [4] 부분인 '피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분'에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.

【이 유】1. 개 요

가. 검사는 [1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기 미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3] 피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융거래법위반).’라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반 죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 ‘피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기’를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 ‘사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

’라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적

공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

'라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

종전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

(1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○몰), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○몰), 공소외 5(◇◇몰) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세

조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(◁◁◁◁), 공소외 10(▷▷▷▷) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠물), 공소외 11(♡♡♡), 공소외 12(●●●), 공소외 13(▲▲물), 공소외 14(■ ■ ■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♡♡), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '쑈쑈스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(○○♣♣), 공소외 21(○○○♣♣), 공소외 22(○○♡♡♡), 공소외 23(○○♠♠♠), 공소외 24(○○▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을 무죄로 판단하였다.

## (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다).

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

#### (2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방법국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는 어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방법국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방법국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소외 25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방법국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방법국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방법국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

### (3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

### 3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다. 사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

### 나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상 '범죄'에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 '대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

### 4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 '피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분' 및 [2], [5] 부분인 '피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분'에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분', [4] 부분인 '피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분'에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.

#### 【이유】1. 개요

가. 검사는 '[1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3] 피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융거래법위반)'.라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

#### 2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

##### 가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기'를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

'라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

'라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

종전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○몰), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○몰), 공소외 5(◇◇몰) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(◁◁◁◁), 공소외 10(▷▷▷▷) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠몰), 공소외 11(♡♡♡), 공소외 12(●●●), 공소외 13(▲▲몰), 공소외 14(■ ■ ■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♥♥), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '♠스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(○○♠♠), 공소외 21(○○○♣♣), 공소외 22(○○♥♥♥), 공소외 23(○○♠♠♠), 공소외 24(○○▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을 무죄로 판단하였다.

## (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없

다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다).

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

(2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방법국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는 어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방법국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방법국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소외 25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방법국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방법국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방법국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

(3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다. 사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상 '범죄'에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 '대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

#### 4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 '피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분' 및 [2], [5] 부분인 '피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분'에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분', [4] 부분인 '피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분'에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.

#### 【이 유】1. 개 요

가. 검사는 '[1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3] 피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융거래법위반)'라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

#### 2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이

충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반 죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기'를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

'라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

'라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

종전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

(1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○몰), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○몰), 공소외 5(◇◇몰) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(◁◁◁◁), 공소외 10(▷▷▷▷) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠몰), 공소외 11(♡♡♡), 공소외 12(●●●), 공소외 13(▲▲몰), 공소외 14(■ ■ ■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♥♥), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '♣♣스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(○○♣♣), 공소외 21(○○○♣♣), 공소외 22(○○♥♥♥), 공소외 23(○○♠♠♠), 공소외 24(○○▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을 무죄로 판단하였다.

## (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증거가 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다).

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급

명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사기나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사기나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사기나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

## (2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는 어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소외 25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처

벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

### (3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

### 3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다. 사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

### 나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상

‘범죄’에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 ‘대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

#### 4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 ‘피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분’ 및 [2], [5] 부분인 ‘피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분’에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 ‘피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분’, [4] 부분인 ‘피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분’에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.

#### 【이 유】1. 개 요

가. 검사는 [1] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 부가가치세 환급세액을 편취하거나 편취하다가 미수에 그치고[피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수], [2] 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 범죄에 이용할 목적으로 접근매체를 대여 받고(각 전자금융거래법위반), [3] 피고인 1·피고인 2가 BC카드 매출전표를 위조·행사하고(각 사문서위조, 각 위조사문서행사), [4] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 피고인 1 등의 사기 범행을 방조하고(각 사기방조), [5] 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9가 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 내지 전달하였다(각 전자금융거래법위반).’라는 내용으로 기소하였다.

나. 원심은 [3] 부분에 대해서만 유죄를 인정하였다.

검사는 무죄가 선고된 [1], [2], [4], [5] 부분에 대해 법리오해, [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였고, 피고인 1은 [3] 부분에 대해 양형부당 취지로 항소하였다.

다.

검사는 이 법원에서, [1] 부분(각 사기미수는 제외)에 조세범처벌법위반을 예비적 공소사실로 추가하고, [4] 부분에 조세범처벌법위반방조를 예비적 공소사실로 추가하며, [2], [5] 부분에 적용법조 등을 고치고 공소사실을 추가하며, [3] 부분의 적용법조를 보완하는 공소장 변경 허가 신청을 하였고, 이 법원은 이를 허가하였다.

라. 공소장 변경에 따라 심판 대상이 일부 변경되었으나, [1], [4] 부분은 예비적 공소사실을 추가하는 공소장 변경에도 불구하고 검사의 항소를 받아들이지 않으므로 [1], [4] 부분과 [2], [3], [5] 부분을 구분하여 판단한다.

## 2. 원심판결 중 [1], [4] 부분에 대하여

### 가. 검사의 항소이유 요지(법리오해)

원심은 이 부분 공소사실에 대해 조세범처벌법으로 처벌할 수 있다는 이유 등으로 사기죄가 성립하지 않는다고 판단하였으나, 조세범처벌법이 정한 조세포탈죄가 성립하기 위해서는 조세법률주의에 따라 세법이 정한 과세요건이 충족되어 조세채권이 성립하여야 한다.

이 사건은 조세채권 자체가 존재하지 않아 세금 포탈의 객체가 되는 납세의무 자체가 없으므로 조세범처벌법위반죄는 성립하지 않는다.

기망행위에 의한 세금 환급은 사기죄의 보호법익인 재산권을 침해하는 것과 동일한 것으로 평가되어 사기죄가 성립하는 것으로 보아야 하는데도, 원심은 법리를 오해하여 이 부분을 무죄로 판단하였다.

### 나. 공소장 변경(예비적 공소사실의 추가)

이 법원에서 [1] 부분 중 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기'를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 방법으로 부가가치세를 포탈하였다.

'라는 조세범처벌법위반(피고인 1에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항 제2호, 피고인 2·피고인 3에 대해 조세범처벌법 제3조 제1항)이 예비적 공소사실로 추가되었고(피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 대해서는 예비적 공소사실이 추가되지 않았다), [4] 부분인 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 주위적 공소사실로 하면서 이에 대해 '사기나 그 밖의 부정한 행위로서 부가가치세를 포탈하는 행위를 용이하게 하여 방조하였다.

'라는 조세범처벌법위반방조(조세범처벌법 제3조 제1항, 형법 제32조)가 예비적 공소사실로 추가되었다.

중전의 공소사실(이 법원의 주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수)에 관한 검사의 법리오해 주장은 여전히 이 법원의 판단 대상이 되므로, 검사의 법리오해 주장과 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관하여 차례로 판단한다.

다.

주위적 공소사실과 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분은 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조이다.

피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기의 요지는, 피고인 1 등은 부가가치세 조기환급 신고를 함에 있어 환급되는 세액이 크지 않을 경우 통상 세부 내역에 대한 소명을 요구하지 않는 점을 이용해 허위 사업자의 허위 매입내역으로 부가가치세 조기환급을 신고하여 부가가치세 환급세액을 부정하게 지급받는 방법으로, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경

까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 교부받아 편취하였다는 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 요지는, 위와 같이 허위 자료를 토대로 부가가치세 조기환급을 신고하는 방법으로, ▶ 피고인 1은 2017. 7. 24.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 1 내지 7번과 같이 7회에 걸쳐 합계 18,345,622원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 2의 8 내지 22번과 같이 15회에 걸쳐 합계 53,982,427원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 2의 23 내지 52번과 같이 30회에 걸쳐 합계 119,126,238원을 교부받으려다 허위 신고임을 알아챈 담당 공무원이 부가가치세 조기환급을 거절하여 뜻을 이루지 못하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 요지는, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 피고인 1·피고인 3·피고인 2로부터 부가가치세 부정 환급에 이용할 사업자를 모집하여 오면 사업자당 매월 50~100만 원씩 지급하겠다는 제안을 받고 유령 사업자를 모집하는 이른바 '모집책'으로 활동하기로 마음 먹고, ▶ 피고인 4는 2019. 11.경부터 2020. 2.경까지 피고인 4(○○패션), 공소외 1(○○몰), 공소외 2(△△패션), 공소외 3(□□패션), 공소외 4(○○몰), 공소외 5(◇◇몰) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 5(☆☆☆☆), 공소외 6(▽▽시장), 공소외 7(▽▽시장), 공소외 8(◎◎◎◎), 공소외 9(◁◁◁◁), 공소외 10(▷▷▷▷) 등 6개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은 2017. 10.경부터 2019. 10.경까지 피고인 6(♠♠몰), 공소외 11(♡♡♡♡), 공소외 12(●●●●), 공소외 13(▲▲몰), 공소외 14(■ ■ ■ ■) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은 2019. 8.경부터 2020. 2.경까지 피고인 7(◆◆), 공소외 7(★★★), 공소외 15(▼▼▼), 공소외 16(◀◀), 공소외 17(▶▶), 공소외 18(♠♠), 공소외 19(♥♥), 공소외 20(♣♣♣) 등 8개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은 2019. 9.경 '♣♣스타일'이라는 이름의 사업자를 개설하고 피고인 1에게 전달하여, 피고인 1·피고인 2가 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 편취하는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 2018. 12.경부터 2019. 6.경까지 피고인 9(○○♣♣), 공소외 21(○○○♣♣), 공소외 22(○○♥♥♥♥), 공소외 23(○○♠♠♠), 공소외 24(○○▶▶▶) 등 5개 사업자를 모집하여 피고인 1·피고인 3이 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 편취하는 데 방조하였다는 것이다.

## (2) 원심의 판단

원심은 조세를 강제적으로 징수하는 국가의 직접적인 권력작용에 대한 침해는 개인의 재산권을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 없고, 사기나 그 밖의 부정한 행위로 조세의 환급을 받은 경우에는 조세범처벌법에서 해당 행위를 처벌하는 별도의 규정을 두고 있으므로 그에 따른 죄가 성립함은 별론으로 하고, 이를 형법상 사기죄로 처벌할 수 없고 정범인 본범의 사기 또는 사기미수에 대한 증거가 없으면 사기방조죄도 성립하지 않는다는 이유로 이 부분을

무죄로 판단하였다.

### (3) 이 법원의 판단

기망행위에 의하여 국가적 또는 공공적 법익을 침해한 경우라도 그와 동시에 형법상 사기죄의 보호법익인 재산을 침해하는 것과 동일하게 평가할 수 있는 때에는 당해 행정법규에서 사기죄의 특별관계에 해당하는 처벌 규정을 별도로 두고 있지 않는 한 사기죄가 성립할 수 있다.

그런데 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법에서 이러한 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 조세를 강제적으로 징수하는 국가 또는 지방자치단체의 직접적인 권력작용을 사기죄의 보호법익인 재산권과 동일하게 평가할 수 없는 것이므로, 기망행위에 의하여 조세를 포탈하거나 조세의 환급·공제를 받은 경우에는 조세범처벌법위반죄가 성립함은 별론으로 하고, 형법상 사기죄는 성립할 수 없다(조세에 관한 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7303 판결, 2010. 10. 28. 선고 대법원 2010도7808 판결 및 침해행정 영역에서 사기죄 성립을 부정한 대법원 2019. 12. 24. 선고 2019도2003 판결 참조).

이 부분 공소사실은 피고인 1·피고인 2·피고인 3이 기망행위에 의하여 조세의 환급을 받거나 받지 못하고 미수에 그쳤다는 것이고, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 이를 방조하였다는 것이므로, 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄, 피고인 2·피고인 3의 각 사기죄, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수죄, 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조죄 모두 성립하지 않는다.

같은 취지인 원심의 판단은 정당하고, 검사의 주장과 같이 원심판결에 사기죄 등에 관한 법리를 오해한 잘못은 없다(다만 원심은 이 부분 공소사실이 범죄사실의 증명이 없는 때에 해당한다고 보아 형사소송법 제325조 후단에 따라 무죄를 선고하였으나, 이 부분 공소사실은 범죄로 되지 않는 경우에 해당하므로 형사소송법 제325조 전단에 의하여 무죄를 선고하여야 한다).

그러나 원심의 잘못이 판결에 영향을 미친 것으로 볼 수는 없다).

라. 이 법원에서 추가된 예비적 공소사실에 관한 판단

#### (1) 공소사실의 요지

이 부분 공소사실은 ① 피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기를 각 조세범처벌법위반으로, ④ 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조를 각 조세범처벌법위반방조로 구성한 것이다.

피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 조세범처벌법위반은, ▶ 피고인 1은 단독으로 2017. 6. 22.경부터 2018. 9. 25.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 1 내지 28번과 같이 28회에 걸쳐 합계 81,637,560원, ▶ 피고인 1·피고인 3은 공모하여 2018. 10. 24.경부터 2019. 9. 24.경까지 [별지] 범죄일람표 1의 29 내지 81번과 같이 53회에 걸쳐 합계 189,590,880원, ▶ 피고인 1·피고인 2는 공모하여 [별지] 범죄일람표 1의 82 내지 190번과 같이 109회에 걸쳐 합계 420,038,820원을 사거나 그 밖의 부정한 방법으로 환급받아 조세범처벌법 제3조 제1항(피고인 1은 제3조 제1항 제2호)을 위반하였다는 것이다.

피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 조세범처벌법위반방조는, ▶ 피고인 4는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 31,752,370원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 5는, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 81,754,860원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 6은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 62,954,440원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 7은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 87,347,040원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 8은, 피고인 1·피고인 2가 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 14,882,400원을 환급받는 데 방조하고, ▶ 피고인 9는 피고인 1·피고인 3이 사거나 그 밖의 부정한 행위로 부가가치세 조기환급 명목으로 합계 33,517,610원을 환급받는 데 방조하여 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 조세범처벌법 제3조 제1항 위반을 방조하였다는 것이다.

## (2) 판 단

이 부분 공소사실인 조세범처벌법 제3조 위반에 따른 범칙행위에 대해서는 국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장의 고발이 없으면 검사는 공소를 제기할 수 없다(조세범처벌법 제21조). 고발이란 고소권자와 범인 이외의 사람이 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이다.

누구든지 범죄가 있다고 생각하는 때에는 고발할 수 있으며(형사소송법 제234조 제1항), 고발은 원칙적으로 수사의 단서이다.

그러나 조세범처벌법 제21조가 정한 고발은 '고발이 없으면 공소를 제기할 수 없는' 것으로 하여, 수사의 단서에 지나지 않는 것이 아니라 정당한 고발권을 부여받은 자에 의한 고발이 소추요건임을 명확히 나타내고 있다.

당초 인천지방국세청은 검찰에 '고발'이 아니라 '수사의뢰'라는 명칭으로 피고인 2 등에 대한 이 사건 수사를 의뢰하였고, 그에 따라 수사가 진행되었다.

조세범처벌법에서 '수사의뢰'라는 용어를 사용하고 있지는 않지만, '수사의뢰'라는 용어를 사용하면서 '고발'과 '수사의뢰'를 구분하거나(정치자금법 제43조 제3항, 선거관리위원회법 제14조의2, 보험사기방지 특별법 제6조 등), 범죄 혐의가 있다고 인정할 때 '고발'을 하고 범죄 혐의에 상당한 개연성이 있을 때 '수사의뢰'를 하는 식으로 고발과 수사의뢰를 구분하는 법률도 있으므로(군 사망사고 진상규명에 관한 특별법 제28조), '수사의뢰'를 '고발'과 동일시하는 어렵다.

물론 '고발'은 수사기관에 대하여 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 의사표시이고 경우에 따라 '수사의뢰'도 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 희망하는 점에서 고발과 같게 볼 여지도 있으나, 이 사건에서는 인천지방국세청의 '수사의뢰'를 피고인들에 대한 조세범처벌법위반의 '고발'로 보긴 어렵다.

우선 인천지방국세청의 '수사의뢰서'는 단순히 피고인 2 등에게 사기, 사기미수 혐의가 있어 수사의뢰를 한다는 것으로 조세범처벌법위반 범죄사실에 대한 처벌을 희망한다는 내용이 없다.

조세범처벌절차법에 따르면, 이 사건 조세범처벌법위반과 같은 조세범칙행위에 대해 지방국세청장 또는 세무서장이 조세범칙조사를 실시하여 조세범칙행위의 확증을 얻었을 때에는 통고처분을 하고(제15조), 정상에 따라 징역형에 처할 것으로 판단되는 경우나 통고처분이 실효적이지 못할 것으로 예상되거나 통고처분을 이행하지 않는 경우 등에는 고발을 하며(제17조), 조세범칙행위의 확증을 갖지 못하였을 때에는 무혐의 처분을 한다(제13조, 제19조). 공소의

25에 대한 검찰 진술조서, 부가가치세 부정환급에 대한 의견 등 이 사건 증거에 의하면, 실제로 인천지방국세청은 부가가치세 부정 환급 혐의를 포착하고 세무조사 내지 조세범칙조사를 실시하였으나 피고인 2 등을 조세범처벌법 위반으로 처벌할 수 없다는 결론을 내고 검찰에 조세범처벌법위반죄에 대한 고발이 아닌 사기죄 내지 사기미수죄에 대한 수사의뢰를 한 것으로 보이고(조세범처벌법위반죄에 대해서는 무혐의 처분을 한 것으로 보인다), '조세범처벌법위반' 관련 처벌을 원하는지 여부를 명확히 하여 달라는 검찰의 의뢰에 대해서도 인천지방국세청은 조세범처벌법위반에 대한 고발이 아닌 사기죄에 대한 수사의뢰를 한 것임을 명확히 하면서 여전히 조세범처벌법위반은 성립하기 어렵고 사기죄로 처벌함이 상당하다는 취지의 회신을 하였다.

인천지방국세청의 사기죄 내지 사기미수죄 대한 '수사의뢰'를 조세범처벌법위반죄에 대한 '고발'로 보기는 어렵다.

### (3) 소 결

이 부분 공소사실에 대한 공소는 고발 없이 제기된 것으로서 공소제기의 절차가 법률의 규정을 위반하여 무효인 때에 해당하므로, 형사소송법 제327조 제2호에 따라 공소를 기각하여야 한다.

다만, 이와 동일체의 관계에 있는 주위적 공소사실에 대하여 무죄를 선고한 원심판결을 그대로 유지하는 이상 예비적 공소사실에 대하여 주문에서 따로 공소기각을 선고하지 않는다.

### 3. 원심판결 중 [2], [3], [5] 부분에 대하여

가. 검사의 항소이유 요지(법리오해, 양형부당)

[1] 부분에서 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 사기죄 내지 사기미수죄가 성립하므로, 피고인 1·피고인 2·피고인 3은 '범죄에 이용할 목적으로' 접근매체를 대여 받았고 피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9는 '범죄에 이용될 것을 알면서' 접근매체를 전달 내지 대여한 것으로서 전자금융거래법위반죄가 인정되는 것으로 보아야 한다. 사기죄의 성립이 부정되어 조세범처벌법위반죄가 성립하더라도 조세범처벌법위반죄 역시 범죄이므로 전자금융거래법위반죄가 인정된다.

그럼에도 원심은 법리를 오해하여 피고인들의 각 전자금융거래법위반도 무죄로 판단한 잘못이 있다.

사문서위조, 위조사문서행사에 대해 유죄가 인정된 피고인 1·피고인 2에 대한 원심의 형은 너무 가벼워 부당하다.

### 나. 피고인 1의 항소이유 요지(양형부당)

피고인이 사문서위조, 위조사문서행사를 주도한 것은 아닌 점, 피고인이 잘못을 인정하면서 반성하고 있는 점 등에 비추어 원심의 형은 너무 무거워 부당하다.

다.

판 단

(1) 항소이유에 대한 판단에 앞서 직권으로 판단한다.

(2) 검사는 이 법원에서 다음과 같이 공소장 변경 허가 신청을 하였고(검사의 공소장변경 허가 신청서 중 피고인 3의 죄명 사문서위조, 위조사문서행사, 적용법조 형법 제231조, 제234조는 명백한 오기로 보인다), 이 법원은 이를 허가하

였으므로, 이 부분에 관한 원심판결은 더 이상 유지될 수 없게 되었다.

[2], [5] 부분인 피고인들의 각 전자금융거래법위반에 대하여 종전의 공소사실인 '범죄에 이용할 목적으로 또는 범죄에 이용될 것을 알면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위'의 적용법조를 '구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제3호'로 고치고 대상 '범죄'에 조세범처벌법위반죄를 추가하며, 그와 함께 공소사실에 '대가를 수수·요구 또는 약속하면서 접근매체를 대여 받거나 대여하는 행위 또는 보관·전달·유통하는 행위[적용법조 구 전자금융거래법(2020. 5. 19. 법률 제17297호로 개정되기 전의 것) 제49조 제4항 제2호, 제6조 제3항 제2호]를 추가한다.

[3] 부분인 피고인 1·피고인 2의 각 위조사문서행사 적용법조에 형법 제234조를 추가한다.

#### 4. 결 론

원심판결 중 [3] 부분인 '피고인 1, 피고인 2의 유죄 부분' 및 [2], [5] 부분인 '피고인들의 무죄 부분 중 전자금융거래법위반 부분'에 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1 및 검사의 각 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

원심판결의 무죄 부분 중 [1] 부분인 '피고인 1의 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기), 피고인 2·피고인 3의 각 사기, 피고인 1·피고인 2·피고인 3의 각 사기미수 부분', [4] 부분인 '피고인 4·피고인 5·피고인 6·피고인 7·피고인 8·피고인 9의 각 사기방조 부분'에 대한 검사의 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 검사의 이 부분 항소를 기각한다.