

사기·특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)·업무상횡령·업무
상배임·사전자기록등위작·위작사전자기록등행사·범죄수익은닉의규제
및처벌등에관한법률위반·공정증서원본불실기재·불실기재공정증서원본
행사·상법위반·사전자기록등위작방조·위작사전자기록등행사방조



[서울고등법원 2019. 7. 23. 2019노396]

【전문】

【피 고 인】 피고인 1 외 3인

【항 소 인】 피고인 1, 피고인 2 및 검사(피고인들에 대하여)

【검 사】 정대정(기소), 하종철(공판)

【변 호 인】 법무법인 명천 외 3인

【원심판결】 서울남부지방법원 2019. 1. 17. 선고 2018고합181 판결

【주문】

】

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄 부분을 파기한다.

피고인 1을 징역 3년에 처한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소를 각 기각한다.

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

원심은 피고인 1(대법원 판결의 피고인 1), 피고인 2(대법원 판결의 피고인 2)에 대한 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사, 피고인 1에 대한 각 사기[원심판결 별지 범죄일람표(3) 중 연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 15683, 18994, 19781]의 점을 무죄로 판단하였는데, 이 부분에 대하여는 위 피고인들은 물론 검사도 항소를 제기하지 아니하였다.

따라서 위 무죄 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 법리오해 또는 사실오인

가) 피고인들에 대한 각 사전자기록등위작 및 위작사전자기록등행사 부분

① 가상화폐 포인트나 KRW 포인트는 해당 포인트에 상응하는 채권적 권리가 있음을 의미할 뿐, 해당 포인트에 상응하는 원화나 가상화폐가 공소외 1 회사의 전자지갑 또는 계좌에 입금되었다는 점까지 의미하는 것이 아니므로, 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 포인트 잔고를 입력하였다고 하더라도 이는 허위의 전자정보가 아니다.

② 사전자기록등위작죄에서의 '위작'은 권한 없는 자가 시스템 설치·운영주체의 의사에 반하여 전자기록을 작성하거나 변경하는 유형위조에 한정되고, 무형위조는 '위작'의 개념에 해당하지 않으므로, 권한 있는 피고인들이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 허위로 입력한 것이 사전자기록등위작죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다.

- ③ 피고인들이 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 입력한 것은, 투기세력에 의한 시세 조작을 막고 공소외 1 회사 가상화폐 거래소를 안정적으로 운영할 목적으로 한 것이므로, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없었다.

나) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

- ① 피고인들이 공소외 1 회사 명의 계좌에 보관되어 있던 돈을 증자대금으로 납입하여 주금납입 전 과정에서 공소외 1 회사의 자본금에 실제 아무런 변동이 없고 자금의 외부 유출이 없어 회사 자산 자체는 동일하므로, 피고인들에게 불법영득의 의사나 횡령의 범의가 없었다.
- ② 피고인 2의 경우, 설령 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 그 범죄일시는 공소외 1 회사 자금이 피고인들 계좌에 이체된 2018. 1. 19.로 보아야 하므로, 이 부분 공소사실은 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있는데, 원심은 그 범죄일시를 '피고인들 계좌에 이체되었던 공소외 1 회사 자금이 다시 공소외 1 회사 계좌에 유상증자대금으로 납입된 2018. 1. 29.'로 판단하여 형법 제37조 후단 경합범 처리를 하지 않았다.

다) 피고인들에 대한 각 사기 부분

- ① 이 부분 공소사실에는 불특정 다수의 이용자들을 피해자로 포괄적으로 기재되어 있을 뿐, 사기죄의 성립요건인 개별 기망행위와 그 상대방이 특정되어 있지 않은 공소사실 불특정의 문제가 있으므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각 판결이 선고되어야 한다.
- ② 검사는 편취금 귀속주체를 피고인들로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 편취금 귀속주체를 공소외 1 회사로 변경하여 인정함으로써 피고인들의 방어권을 침해하였다.
- ③ 이용자들이 공소외 1 회사 계좌에 돈을 입금한 목적은 KRW 포인트를 충전하여 이를 이용해 가상화폐를 거래하기 위한 것이었는데, 이용자들이 입금한 금액에 상응하는 KRW 포인트가 정상적으로 지급되었고, 이용자들은 KRW 포인트를 이용하여 가상화폐 거래를 할 수 있었으며, 이용자들의 출금요청에 응하여 정상적으로 출금을 하였으므로, 피고인들이 이용자들을 기망한 사실이 없고, 피고인들에게 사기의 범의 역시 없었다.
- ④ 피고인 2의 경우, 원심은 각 사기죄 중 원심 판시 범죄일람표(3)-1 기재 부분 죄만이 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 판단하였으나, 나머지 사기죄[원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 죄] 중에도 범행일시가 2018. 1. 5.부터 같은 달 20. 사이인 것이 다수 존재한다.

라) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

- ① 검사는 재산상 이익 취득주체를 피고인으로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 재산상 이익 취득주체를 '피고인 또는 제3자'로 변경하여 인정함으로써 피고인의 방어권을 침해하였을 뿐만 아니라, 그 '제3자'가 누구인지조차 특정하지 못하였다.
- ② 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없고, 피고인이 위 전자지갑을 관리·지배 한다는 사실도 증명되지 않았다.
- ③ 이처럼 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없으므로, '은닉행위'가 인정될 수 없다.

- ④ 설령 '은닉행위'가 인정된다고 하더라도, 추정 가액 산정 기준시점은 재판 선고 시인데, 원심은 업무상배임 기수시점인 2018. 1. 18.을 기준으로 위 비트코인의 가액을 산정하였다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1 징역 3년 등, 피고인 2 징역 6월에 집행유예 2년 및 징역 2년)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

가) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

피고인 1 명의의 가상화폐 거래 역시 피고인 1과 피고인이 협의하여 행할 수밖에 없고, 실제 거래와 자금 입출금은 피고인의 관리 하에 이루어졌으므로, 피고인이 이 부분 각 범행을 포함한 피고인 1 명의 가상화폐 거래에 가담하였다고 보는 것이 상식과 경험칙에 부합한다.

나) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

피고인들은 '마켓메이킹 프로그램의 이용을 위해서는 가상화폐 및 원화의 허위 충전이 불가피하다는 사실을 알면서도 위 프로그램의 구매, 운용, 관리를 도왔으므로, 피고인들의 방조가 인정된다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1, 피고인 2: 위와 같음, 피고인 3, 피고인 4: 각 징역 6월에 집행유예 2년 등)이 너무 가벼워 부당하다.

3. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 또는 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 생성한 후, 실제로는 그 포인트에 상응하는 입금이나 채권적 권리가 없는데도 위 계정에 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 입력한 것은 허위 전자정보를 입력한 것이고, 이는 피고인들이 권한을 남용하여 위 시스템의 설치·운영주체인 공소외 1 회사의 의사에 반하는 전자기록을 생성·행사한 것으로서 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록을 위작·행사한 것이며, 피고인들이 봇 프로그램을 이용하여 위 포인트를 위 시스템에서의 거래에 사용함으로써 위 시스템의 호가, 체결가, 주문량, 거래량 등 정보의 정확성·신뢰성에 악영향을 미친 이상, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적도 있었던 것으로 인정할 수 있다는 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

단순하게 균질의 대체 가능한 소비재만을 같은 가격으로 파는 구조가 아니라 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조이므로, 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피고인 1의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1, 2호증, 피고인 2의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1호증의 각 기재까지 살펴보더라도 위와 달리 보기 어렵다.

피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

- ① 원심이 적절하게 실시하였듯이, 가공계정의 명의자들이 공소외 1 회사에 대하여 해당 계정에 입력된 포인트에 상응하는 가상화폐나 원화의 출금을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것도 아니었다.
- ② 공소외 1 회사에서 공소외 3 회사로부터 구입하여 설치한 '가상화폐 거래소 웹사이트 솔루션'에는 관리자가 포인트를 수기 입력할 때 "포인트 수기입력은 거래내역, 전산내역 등이 안맞을 경우에만 입력하는 기능으로 긴급상황시에만 사용해 주십시오."라는 내용의 팝업창이 뜨게 되어 있다(증거기록 4권 1962쪽). 피고인들이 가공계좌를 만들어 실제 입금 없이 포인트를 입력할 당시 위와 같은 긴급상황이 존재하지 아니하였음은 분명하다.
- ③ 공소외 1 회사 이용약관 제14조 제1항은 "회사에서 제공하는 서비스는 가상화폐 거래(매도가·매수가·호가 등 거래관련, 주문량·거래량 등 시세 정보관련) 관련 서비스입니다.

”라고 규정하고 있다(증거기록 1권 314쪽). 공소외 1 회사 홈페이지에서는 각 가상화폐의 가격 등락폭, 거래량, 거래금액, 현재가격, 매도주문가격, 매수주문가격 등을 보여주고, 이용자들은 위 정보들을 고려하여 거래를 하게 된다(증거기록 1권 326, 339쪽 등). 여기서 볼 수 있듯이, 매도가, 매수가, 호가, 주문량, 거래량 등 정보의 제공도 공소외 1 회사가 이용자들에게 제공하는 서비스의 중요한 부분이다.

그런데 위 정보들은 그 전부 또는 상당 부분이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에서 실제로 이루어지는 거래와 무관하게 봇 프로그램에 의하여 창출된 것이었고, 공소외 1 회사에서 이러한 사정을 이용자들에게 알리지 않았다.

- ④ 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템의 이용자인 원심 증인 공소외 4는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았다면 위 시스템을 이용하지 않았을 것이라고 진술하였고(공판기록 4권 1537쪽), 다른 이용자인 원심 증인 공소외 5는, 기본적으로 입출금은 당연히 잘 돼야 하는 게 맞고, 그 다음에는 거래량으로, 사용자가 얼마나 거래소를 많이 이용하는지가 중요하다고 진술하였다(공판기록 4권 1552쪽). 비록 공소외 5는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았더라도 상황에 따라서는 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템을 이용하였을 수 있다고 진술하였으나(공판기록 4권 1548~1549쪽), 공소외 5가 나아가 봇 프로그램 이용에 따른 원심 실시와 같은 위험성(원심판결 41~42쪽)까지 알았어도 위 시스템을 이용하였을 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 가상화폐 투자자들에 대한 설문조사 결과, 가상화폐 투자자들이 거래소를 선택할 때 가장 중시하는 점은 보안, 거래량(유동성), 사용 편의성 등의 순서로 나타나기도 하였다(공판기록 4권 1496쪽).

- ⑤ 피고인들의 공소외 1 회사 거래소 개장 전후에 우리나라에서 수많은 가상화폐 거래소가 생겨나 치열하게 경쟁하고 있었다(공판기록 4권 1452쪽 등). 가상계좌가 아닌 '거래소 운영 법인 명의 계좌'로 예탁금을 받아 정부와 금융업계에 의한 '가상화폐 거래소 가상계좌 발급 제한'에도 불구하고 신규 예탁금을 받을 수 있었던 거래소가 공소외 1 회사 거래소만 있는 것도 아니었다.

- ⑥ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조 제3항 제2호, 같은 법 시행령 제203조, 제205조가 투자매매업자의 시장조성행위, 즉 '자신이 모집 또는 매출한 증권의 수요·공급을 그 증권이 상장된 날부터 일정 기간 동안 조성하는 매매거래'를 일정 범위 내에서 허용하고 있기는 하다.

그러나 위 시장조성행위는 법령에 따라 자격과 방법 등에 관하여 엄격한 규제를 받으면서 공개적으로 행하는 것으로, 피고인들의 행위를 위 시장조성행위와 대등한 것으로 평가하기는 어렵다.

- ⑦ 공·사전자기록등위작죄의 신설취지 등을 설명한 법무부 '형법개정법률안 제안이유서'에서는 공전자기록등위작죄뿐만 아니라 사전자기록등위작죄에서도 '위작이란 권한 없이 전자기록 등을 만드는 경우뿐 아니라 허위내용의 전

자기록을 만드는 경우를 포함'한다고 설명하고 있다.

- ⑧ 사문서위조죄가 주관적 구성요건으로 '행사할 목적'만을 필요로 하는 것(형법 제231조)과 달리, 사전자기록등위조죄는 주관적 구성요건으로 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 필요로 한다.

또한 원심이 적절하게 실시하였듯이, 전자기록은 문서와 다른 특징과 차별점이 있고, 그로 인하여 허위정보 입력만으로도 공공의 신용을 훼손할 여지가 문서의 경우보다 훨씬 크다.

이러한 사정들을 고려하면, 사전자기록등위조죄가 사문서위조죄에 그대로 대응하는 것일 뿐이라고 보기는 어렵다.

2) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

- 가) 주식회사 소유 자금을 임의로 인출하여 사주가 납부하여야 할 증자대금으로 납입한 이상 횡령의 범의 및 불법영득의 의사가 인정된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 위 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입함으로써 공소외 1 회사가 발행한 기존 주식의 가치가 희석되었고, 위 증자대금 납입은 자본거래로 인한 자금 유입으로서 공소외 1 회사 지배구조의 변경을 수반하므로, 위 증자대금 납입을 전후하여 공소외 1 회사의 자산이나 자본에 변함이 없다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들의 위와 같은 행위는 공소외 1 회사 자금을 횡령한 것이고, 피고인들의 불법영득 의사와 횡령 범의도 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

- 나) 이 부분 범행의 기수 시기에 관한 피고인 2의 주장에 관하여 판단한다.

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다.

다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있을 것인바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌로 이체한 후, 그 자금으로 다른 가상화폐 거래소에서 가상화폐를 구입하여 '공소외 1 회사 데이터베이스상 가상화폐 포인트 합계와 대비하여 공소외 1 회사 실제 보유 가상화폐 수량이 부족한 부분'을 채워 넣은 사실이 인정되므로, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌(위와 같이 가상화폐 구입에 사용되던 계좌들이다)로 이체한 것 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보기는 어렵고(공소외 1 회사 계좌의 자금을 피고인 1 명의 계좌로 이체한 피고인 3도 원심법정에서, 당시 피고인들로부터 '증자 자금이 필요하니' 자금을 이체하라는 지시는 받은 적이 없다고 진술하였다).

공판기록 4권 1569~1570쪽), 나아가 피고인들이 것처럼 이체한 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입하였을 때에 비로소 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인들이 자신들 계좌로 이체하였던 공소외 1 회사 자금으로 자신들의 공소외 1 회사 증자대금을 납입한 2018. 1. 29. 이 부분 범행이 기수에 이르렀다는 취지로 판단한 것도 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3) 피고인들에 대한 각 사기 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들과 위 1)항에서 추가한 해당 사정들을 종합하여 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 이 부분 공소사실이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 보기는 어렵고, 피고인들이 공모하여 '공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 만들고, 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 허위 입력한 후, 봇 프로그램을 통해 자동으로 다량의 매도·매수 주문을 제출하여 가공계정들 사이, 가공계정과 일반계정 사이에 거래가 체결되게 함으로써 마치 다수의 실제 이용자들에 의해 거래가 이루어져 시세와 거래량이 정상적으로 형성되는 것처럼 보이게 하는 방법'으로 이용자들을 기망하여 공소외 1 회사로 하여금 이용자들로부터 예약금 및 수수료 명목의 금전을 편취하게 한 사실을 인정할 수 있으며, 피고인들에게 사기 범의도 인정되고, 범행도 기수에 이르렀다는 판단 또한 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사무처리를 그르치게 할 목적으로 한 사전자기기록등위작과 그 행사 범죄는, 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조에서 사기죄의 구성요건 인정에 중요한 근거가 되며, 이를 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피해자들이 피고인들에게 속아 공소외 1 회사 계좌에 예약금(수수료는 이용자들이 따로 입금하는 것이 아니라, 나중에 출금하는 금액에서 공제된다)을 입금함으로써 사기죄가 기수에 이르렀다고 보아야 하고, 나중에 공소외 1 회사에서 피해자들에게 정상적으로 출금을 하여 주었다는 사정은 사기죄 성립 후의 사정에 불과하다(이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 뿐이다).

개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중되므로(헌법 제119조 제1항), 주식회사가 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 할 수 있다.

불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 시작하는 주식회사는 국가를 포함하여 제3자에 의한 (규제 방식에 의한) 신뢰 증명의 방법을 따르는 것이 바람직하나, 위와 같은 방법이 미비한 경우에는 스스로 신뢰를 증명하는 방법을 따르는 것도 가능하다.

스스로 신뢰를 증명하기 위해 사용되거나 이용된 수단이 상거래 등에 부합한다면, 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래가 사기 등의 범죄가 될 수 없으나, 그 수단이 형법상 사기 구성요건을 충족하는 경우 사기죄가 될 수 있다.

이 사건에서 주식회사 설립 초기 단계에서 피고인들이 사용한 다양한 수단은 주식회사 내부에 한정된 관계라기보다는 초기 단계에서 재산권의 이전 등을 포함하는 거래관계를 맺는 불특정 다수인의 재산권, 선택권 등에도 영향을 주는 것이고, 그 영향 정도, 신뢰관계 등에 미치는 정도 등에 비추어 사기죄 성립을 인정할 수 있다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인들의 '공소장변경에 관한 법리오해' 주장을 판단한다.

공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 하는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14361 판결 등 참조).

이 부분 공소사실 기재 자체로 편취금이 피고인들 개인이 아니라 공소외 1 회사에 귀속되었음이 분명하므로, 공소장 기재 적용법조 중 '형법 제347조 제1항'은 '형법 제347조 제2항, 제1항'의 오기이고, 이러한 오기를 바로잡았다고 하여 피고인들의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인들 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 범행일시와 관련한 피고인 2의 주장을 판단한다.

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 등 참조).

원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 각 사기죄는 피해자별로 동일한 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성하고, 각 피해자에 대한 최종 범행일시는 모두 2018. 1. 20. 이후이다. 따라서 이 부분 각 사기죄는 '2018. 1. 20. (00:00) 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같이 포괄일죄 또는 형법 제37조 후단 경합범에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 이 부분 비트코인 이체와 관련하여 공소외 6 회사 서버 접속내역 등에서 어떠한 해킹 흔적도 발견되지 않은 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인이 공소외 1 회사 자금으로 구입하여 공소외 1 회사 전자지갑에 이체해야 할 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑에 이체함으로써 자신이 그 가액 상당의 재산상 이익을 취득하거나 불상의 제3자로 하여금 그 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에 동액 상당의 손해를 가한 후, 위와 같이 이체한 비트코인을 즉시 불상의 다른 전자지갑들로 분산 이체하여 은닉한 사실을 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 변호인이 당심에서 제출한 증 제4호증의 기재는, 이 부분 비트코인 이체가 있는 후 한참 뒤(2018. 7. 19. 이후)의 사정에 관한 것일 뿐만 아니라, 그 내용의 진위가 확인되지도 않았으므로, 그 기재까지 고려하더라도 위와 같은 사실인정을 뒤집기 어렵다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 '공소장변경에 관한 법리오해 및 이익귀속주체 불특정' 주장을 판단한다.

원심이 적절하게 실시하였듯이, 배임행위로 피고인 자신이 재산상 이익을 취득하지 않더라도 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하면 배임죄가 성립한다.

그 제3자가 반드시 특정되어야 한다고 볼 근거도 없다.

위와 같이 피고인이 그 업무상 임무에 반하여 이 부분 비트코인 이체를 행한 것으로 인정되는 이상, 원심이 그로 인한 이익의 귀속 주체를 공소장변경절차를 거치지 않고 '피고인'에서 '피고인 또는 불상의 제3자'로 변경하여 인정하였다고 하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하거나 배임죄의 이익귀속주체를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수도 없다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 추징 가액 산정 기준시점에 관한 피고인 주장을 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등이나 위 조항의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산은 같은 법 제8조 제1항 제3호, 제4호 및 제10조 제1항에 따라 각 추징의 대상이 된다.

그러나 위와 같은 재산이 같은 법 제8조 제3항에서 정한 범죄피해재산인 경우에는 같은 법 제10조 제2항에 따라 그 가액을 추징할 수 없다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도9254 판결 참조).

피고인이 불상의 전자지갑으로 이체한 뒤 곧바로 다른 전자지갑들로 분산 이체한 비트코인 21.56743341개는 피고인이 재산에 관한 죄인 업무상배임죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터(피해자에게 이전해야 하는데도 이전하지 않고) 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산으로, 범죄수익은닉규제법 제8조 제3항에 규정된 범죄피해재산에 해당하므로, 이를 추징할 수 없다.

그런데도 원심은 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제3호, 제10조 제1항에 따라 피고인으로부터 344,647,589원을 추징하였으니, 이러한 원심판결에는 범죄수익은닉규제법상의 추징에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 범행에 관하여 피고인에게 공동가공의 의사와 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다. '일반적으로 피고인 1 명의의 가상화폐 거래가 피고인과의 협의 하에 이루어졌고, 공소외 1 회사 자금 입출금이 피고인의 관리 하에 이루어졌다'는 사정만으로 피고인 1의 위 각 범행에 관한 피고인의 공동가공 의사와 기능적 행위지배를 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피고인 1, 피고인 2가 거래에 이용할 의도로 포인트를 허위 입력한다는 사정을 알면서 그러한 허위입력행위를 용이하게 하기 위하여 봇 프로그램을 구매 및 관리하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 공소외 1 회사에서 근무하면서 어느 시점 이후에는 위 허위입력행위를 인정한 것으로 보이기는 하나, 나아가 피고인들이 위 허위입력행위 당시 이를 인식하면서 구체적으로 이를 돕는 행위를 하였다고까지 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다.

피고인 2의 양형부당 주장과 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 양형부당 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대하여

범행은 기수에 이르렀으나, 피고인 주장과 같은 사정도 일부 있어, 이용자들이 매매대금 등을 받지 못하는 결과까지는 발생하지 않았다.

일부 횡령 피해는 회복되었다.

피고인의 일부 범행은 '판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있어 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다.

피고인에게 달리 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피고인에게 유리한 정상들이다.

반면, 피고인의 이 사건 각 범행은, 가상화폐 거래에 관한 공공의 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라, 피고인 등의 불투명한 회사자금 관리 및 다른 거래소를 통한 가상화폐 거래에서의 손실 발생 가능성 등과 맞물려 궁극에는 이용자들에게 실제로 매매대금 등을 지급하지 못하게 될 위험성이 높은 것이고, 공소외 1 회사를 믿고 거래한 사람 등의 재산 안전성이 보장된다고 보기 어렵다.

피고인이 실제로 상당액의 공소외 1 회사 자금을 횡령하기까지 하였다.

이처럼 피고인의 이 사건 각 범행은 그 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인에게 불리한 정상이다.

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 항소심 법원이 제1심의 양형을 존중하는 것이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인에 대한 원심 선고형이 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

피고인의 양형부당 주장과 검사의 피고인에 대한 양형부당 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대하여

피고인들의 이 사건 범행은 회사자금으로 자신들 개인의 증자대금을 납입하여 회사자금을 횡령한 것으로, 범행의 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인들에게 불리한 정상이다.

반면, 피고인들의 범행가담 정도가 공범들에 비해 가볍다.

일부 피해가 회복되었다.

피고인들에게 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피해자들에게 유리한 정상들이다.

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인들의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인들에 대한 원심 선고형이 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

검사의 피고인들에 대한 양형부당 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분에 앞에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1의 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

다만, 원심판결 12쪽 4~8행 “별지 범죄일람표(3) 중 피해자 공소외 1 회사에 대한 4,530,000원(연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 18994, 19781번), 피해자 피고인 1에 50,000원(연번 15683번) 등 총 10회 합계 4,580,000원 부분을 제외한 나머지 부분 기재와 같이 총 21,102회에 걸쳐 합계 31,784,292,307원(수수료 포함)”은 아래에서 피고인 1에 대하여 고쳐 쓰는 범죄사실 기재와 같이 오기로 보이므로, 형사소송규칙 제25조 제1항에 따라 이를 경정한다(원심판결 주문의 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 무죄 부분 중 해당 부분도 위와 같이 경정되어야 할 것이나, 이 부분은 앞서 본 바와 같이 이 법원의 심판범위에 포함되지 아니하므로, 이 법원이 이를 경정하지는 않는다).

【이유】

1. 이 법원의 심판범위

원심은 피고인 1(대법원 판결의 피고인 1), 피고인 2(대법원 판결의 피고인 2)에 대한 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사, 피고인 1에 대한 각 사기[원심판결 별지 범죄일람표(3) 중 연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 15683, 18994, 19781]의 점을 무죄로 판단하였는데, 이 부분에 대하여는 위 피고인들은 물론 검사도 항소를 제기하지 아니하였다.

따라서 위 무죄 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 법리오해 또는 사실오인

가) 피고인들에 대한 각 사전자기록등위작 및 위작사전자기록등행사 부분

- ① 가상화폐 포인트나 KRW 포인트는 해당 포인트에 상응하는 채권적 권리가 있음을 의미할 뿐, 해당 포인트에 상응하는 원화나 가상화폐가 공소외 1 회사의 전자지갑 또는 계좌에 입금되었다는 점까지 의미하는 것이 아니므로, 피고

인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 포인트 잔고를 입력하였다고 하더라도 이는 허위의 전자정보가 아니다.

② 사전자기기록등위작죄에서의 '위작'은 권한 없는 자가 시스템 설치·운영주체의 의사에 반하여 전자기록을 작성하거나 변경하는 유형위조에 한정되고, 무형위조는 '위작'의 개념에 해당하지 않으므로, 권한 있는 피고인들이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 허위로 입력한 것이 사전자기기록등위작죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다.

③ 피고인들이 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 입력한 것은, 투기세력에 의한 시세 조작을 막고 공소외 1 회사 가상화폐 거래소를 안정적으로 운영할 목적으로 한 것이므로, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없었다.

나) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

① 피고인들이 공소외 1 회사 명의 계좌에 보관되어 있던 돈을 증자대금으로 납입하여 주금납입 전 과정에서 공소외 1 회사의 자본금에 실제 아무런 변동이 없고 자금의 외부 유출이 없어 회사 자산 자체는 동일하므로, 피고인들에게 불법영득의 의사나 횡령의 범의가 없었다.

② 피고인 2의 경우, 설령 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 그 범죄일시는 공소외 1 회사 자금이 피고인들 계좌에 이체된 2018. 1. 19.로 보아야 하므로, 이 부분 공소사실은 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있는데, 원심은 그 범죄일시를 '피고인들 계좌에 이체되었던 공소외 1 회사 자금이 다시 공소외 1 회사 계좌에 유상증자대금으로 납입된 2018. 1. 29.'로 판단하여 형법 제37조 후단 경합범 처리를 하지 않았다.

다) 피고인들에 대한 각 사기 부분

① 이 부분 공소사실에는 불특정 다수의 이용자들을 피해자로 포괄적으로 기재되어 있을 뿐, 사기죄의 성립요건인 개별 기망행위와 그 상대방이 특정되어 있지 않은 공소사실 불특정의 문제가 있으므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각 판결이 선고되어야 한다.

② 검사는 편취금 귀속주체를 피고인들로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 편취금 귀속주체를 공소외 1 회사로 변경하여 인정함으로써 피고인들의 방어권을 침해하였다.

③ 이용자들이 공소외 1 회사 계좌에 돈을 입금한 목적은 KRW 포인트를 충전하여 이를 이용해 가상화폐를 거래하기 위한 것이었는데, 이용자들이 입금한 금액에 상응하는 KRW 포인트가 정상적으로 지급되었고, 이용자들은 KRW 포인트를 이용하여 가상화폐 거래를 할 수 있었으며, 이용자들의 출금요청에 응하여 정상적으로 출금을 하였으므로, 피고인들이 이용자들을 기망한 사실이 없고, 피고인들에게 사기의 범의 역시 없었다.

④ 피고인 2의 경우, 원심은 각 사기죄 중 원심 판시 범죄일람표(3)-1 기재 부분 죄만이 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 판단하였으나, 나머지 사기죄[원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 죄] 중에도 범행일시가 2018. 1. 5.부터 같은 달 20. 사이인 것이 다수 존재한다.

라) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

① 검사는 재산상 이익 취득주체를 피고인으로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 재산상 이익 취득주체를 '피고인 또는 제3자'로 변경하여 인정함으로써 피고인의 방어권을 침해하였을 뿐만 아니라, 그 '제3자'가 누구인지조차 특정하지 못하였다.

- ② 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없고, 피고인이 위 전자지갑을 관리·지배 한다는 사실도 증명되지 않았다.
- ③ 이처럼 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없으므로, '은닉행위'가 인정될 수 없다.
- ④ 설령 '은닉행위'가 인정된다고 하더라도, 추정 가액 산정 기준시점은 재판 선고 시인데, 원심은 업무상배임 기수시점 인 2018. 1. 18.을 기준으로 위 비트코인의 가액을 산정하였다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1 징역 3년 등, 피고인 2 징역 6월에 집행유예 2년 및 징역 2년)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

가) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

피고인 1 명의의 가상화폐 거래 역시 피고인 1과 피고인이 협의하여 행할 수밖에 없고, 실제 거래와 자금 입출금은 피고인의 관리 하에 이루어졌으므로, 피고인이 이 부분 각 범행을 포함한 피고인 1 명의 가상화폐 거래에 가담하였다고 보는 것이 상식과 경험칙에 부합한다.

나) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

피고인들은 '마켓메이킹 프로그램'의 이용을 위해서는 가상화폐 및 원화의 허위 충전이 불가피하다는 사실을 알면서도 위 프로그램의 구매, 운용, 관리를 도왔으므로, 피고인들의 방조가 인정된다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1, 피고인 2: 위와 같음, 피고인 3, 피고인 4: 각 징역 6월에 집행유예 2년 등)이 너무 가벼워 부당하다.

3. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 또는 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 생성한 후, 실제로는 그 포인트에 상응하는 입금이나 채권적 권리가 없는데도 위 계정에 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 입력한 것은 허위 전자정보를 입력한 것이고, 이는 피고인들이 권한을 남용하여 위 시스템의 설치·운영주체인 공소외 1 회사의 의사에 반하는 전자기록을 생성·행사한 것으로서 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록을 위작·행사한 것이며, 피고인들이 봇 프로그램을 이용하여 위 포인트를 위 시스템에서의 거래에 사용함으로써 위 시스템의 호가, 체결가, 주문량, 거래량 등 정보의 정확성·신뢰성에 악영향을 미친 이상, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적도 있었던 것으로 인정할 수 있다는 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

단순하게 균질의 대체 가능한 소비재만을 같은 가격으로 파는 구조가 아니라 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조이므로, 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로

보기는 어렵다.

피고인 1의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1, 2호증, 피고인 2의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1호증의 각 기재까지 살펴보더라도 위와 달리 보기 어렵다.

피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

- ① 원심이 적절하게 실시하였듯이, 가공계정의 명의자들이 공소외 1 회사에 대하여 해당 계정에 입력된 포인트에 상응하는 가상화폐나 원화의 출금을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것도 아니었다.
- ② 공소외 1 회사에서 공소외 3 회사로부터 구입하여 설치한 '가상화폐 거래소 웹사이트 솔루션'에는 관리자가 포인트를 수기 입력할 때 "포인트 수기입력은 거래내역, 전산내역 등이 안맞을 경우에만 입력하는 기능으로 긴급상황시에만 사용해 주십시오."라는 내용의 팝업창이 뜨게 되어 있다(증거기록 4권 1962쪽). 피고인들이 가공계좌를 만들어 실제 입금 없이 포인트를 입력할 당시 위와 같은 긴급상황이 존재하지 아니하였음은 분명하다.
- ③ 공소외 1 회사 이용약관 제14조 제1항은 "회사에서 제공하는 서비스는 가상화폐 거래(매도가·매수가·호가 등 거래관련, 주문량·거래량 등 시세 정보관련) 관련 서비스입니다.

”라고 규정하고 있다(증거기록 1권 314쪽). 공소외 1 회사 홈페이지에서는 각 가상화폐의 가격 등락폭, 거래량, 거래금액, 현재가격, 매도주문가격, 매수주문가격 등을 보여주고, 이용자들은 위 정보들을 고려하여 거래를 하게 된다(증거기록 1권 326, 339쪽 등). 여기서 볼 수 있듯이, 매도가, 매수가, 호가, 주문량, 거래량 등 정보의 제공도 공소외 1 회사가 이용자들에게 제공하는 서비스의 중요한 부분이다.

그런데 위 정보들은 그 전부 또는 상당 부분이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에서 실제로 이루어지는 거래와 무관하게 봇 프로그램에 의하여 작출된 것이었고, 공소외 1 회사에서 이러한 사정을 이용자들에게 알리지 않았다.

- ④ 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템의 이용자인 원심 증인 공소외 4는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았다면 위 시스템을 이용하지 않았을 것이라고 진술하였고(공판기록 4권 1537쪽), 다른 이용자인 원심 증인 공소외 5는, 기본적으로 입출금은 당연히 잘 돼야 하는 게 맞고, 그 다음에는 거래량으로, 사용자가 얼마나 거래소를 많이 이용하는지가 중요하다고 진술하였다(공판기록 4권 1552쪽). 비록 공소외 5는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았더라도 상황에 따라서는 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템을 이용하였을 수 있다고 진술하였으나(공판기록 4권 1548~1549쪽), 공소외 5가 나아가 봇 프로그램 이용에 따른 원심 실시와 같은 위험성(원심판결 41~42쪽)까지 알았어도 위 시스템을 이용하였을 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 가상화폐 투자자들에 대한 설문조사 결과, 가상화폐 투자자들이 거래소를 선택할 때 가장 중시하는 점은 보안, 거래량(유동성), 사용 편의성 등의 순서로 나타나기도 하였다(공판기록 4권 1496쪽).

- ⑤ 피고인들의 공소외 1 회사 거래소 개장 전후에 우리나라에서 수많은 가상화폐 거래소가 생겨나 치열하게 경쟁하고 있었다(공판기록 4권 1452쪽 등). 가상계좌가 아닌 '거래소 운영 법인 명의 계좌'로 예탁금을 받아 정부와 금융업계에 의한 '가상화폐 거래소 가상계좌 발급 제한'에도 불구하고 신규 예탁금을 받을 수 있었던 거래소가 공소외 1 회사 거래소만 있는 것도 아니었다.
- ⑥ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조 제3항 제2호, 같은 법 시행령 제203조, 제205조가 투자매매업자의 시장조성행위, 즉 '자신이 모집 또는 매출한 증권의 수요·공급을 그 증권이 상장된 날부터 일정 기간 동안 조성하는 매매거래'를 일정 범위 내에서 허용하고 있기는 하다.

그러나 위 시장조성행위는 법령에 따라 자격과 방법 등에 관하여 엄격한 규제를 받으면서 공개적으로 행하는 것으로, 피고인들의 행위를 위 시장조성행위와 대등한 것으로 평가하기는 어렵다.

⑦ 공·사전자기록등위작죄의 신설취지 등을 설명한 법무부 '형법개정법률안 제안이유서'에서는 공전자기록등위작죄뿐만 아니라 사전자기록등위작죄에서도 '위작이란 권한 없이 전자기록 등을 만드는 경우뿐 아니라 허위내용의 전자기록을 만드는 경우를 포함'한다고 설명하고 있다.

⑧ 사문서위조죄가 주관적 구성요건으로 '행사할 목적'만을 필요로 하는 것(형법 제231조)과 달리, 사전자기록등위작죄는 주관적 구성요건으로 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 필요로 한다.

또한 원심이 적절하게 실시하였듯이, 전자기록은 문서와 다른 특징과 차별점이 있고, 그로 인하여 허위정보 입력만으로도 공공의 신용을 훼손할 여지가 문서의 경우보다 훨씬 크다.

이러한 사정들을 고려하면, 사전자기록등위작죄가 사문서위조죄에 그대로 대응하는 것일 뿐이라고 보기는 어렵다.

2) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

가) 주식회사 소유 자금을 임의로 인출하여 사주가 납부하여야 할 증자대금으로 납입한 이상 횡령의 범의 및 불법영득의 의사가 인정된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 위 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입함으로써 공소외 1 회사가 발행한 기존 주식의 가치가 희석되었고, 위 증자대금 납입은 자본거래로 인한 자금 유입으로서 공소외 1 회사 지배구조의 변경을 수반하므로, 위 증자대금 납입을 전후하여 공소외 1 회사의 자산이나 자본에 변화가 없다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들의 위와 같은 행위는 공소외 1 회사 자금을 횡령한 것이고, 피고인들의 불법영득 의사와 횡령 범의도 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 이 부분 범행의 기수 시기에 관한 피고인 2의 주장에 관하여 판단한다.

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다.

다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있을 것인바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌로 이체한 후, 그 자금으로 다른 가상화폐 거래소에서 가상화폐를 구입하여 '공소외 1 회사 데이터베이스상 가상화폐 포인트 합계와 대비하여 공소외 1 회사 실제 보유 가상화폐 수량이 부족한 부분'을 채워 넣은 사실이 인정되므로, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌(위와 같이 가상화폐 구입에 사용되던 계좌들이다)로 이체

한 것 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보기는 어렵고(공소외 1 회사 계좌의 자금을 피고인 1 명의 계좌로 이체한 피고인 3도 원심법정에서, 당시 피고인들로부터 '증자 자금이 필요하니' 자금을 이체하라는 지시는 받은 적이 없다고 진술하였다.

공판기록 4권 1569~1570쪽), 나아가 피고인들이 것처럼 이체한 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입하였을 때에 비로소 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인들이 자신들 계좌로 이체하였던 공소외 1 회사 자금으로 자신들의 공소외 1 회사 증자대금을 납입한 2018. 1. 29. 이 부분 범행이 기수에 이르렀다는 취지로 판단한 것도 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3) 피고인들에 대한 각 사기 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들과 위 1)항에서 추가한 해당 사정들을 종합하여 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 이 부분 공소사실이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 보기는 어렵고, 피고인들이 공모하여 '공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 만들고, 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 허위 입력한 후, 봇 프로그램을 통해 자동으로 다량의 매도·매수 주문을 제출하여 가공계정들 사이, 가공계정과 일반계정 사이에 거래가 체결되게 함으로써 마치 다수의 실제 이용자들에 의해 거래가 이루어져 시세와 거래량이 정상적으로 형성되는 것처럼 보이게 하는 방법'으로 이용자들을 기망하여 공소외 1 회사로 하여금 이용자들로부터 예약금 및 수수료 명목의 금전을 편취하게 한 사실을 인정할 수 있으며, 피고인들에게 사기 범의도 인정되고, 범행도 기수에 이르렀다는 판단 또한 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사무처리를 그르치게 할 목적으로 한 사전자기록등위작과 그 행사 범죄는, 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조에서 사기죄의 구성요건 인정에 중요한 근거가 되며, 이를 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피해자들이 피고인들에게 속아 공소외 1 회사 계좌에 예약금(수수료는 이용자들이 따로 입금하는 것이 아니라, 나중에 출금하는 금액에서 공제된다)을 입금함으로써 사기죄가 기수에 이르렀다고 보아야 하고, 나중에 공소외 1 회사에서 피해자들에게 정상적으로 출금을 하여 주었다는 사정은 사기죄 성립 후의 사정에 불과하다(이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 뿐이다).

개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중되므로(헌법 제119조 제1항), 주식회사가 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 할 수 있다.

불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 시작하는 주식회사는 국가를 포함하여 제3자에 의한 (규제 방식에 의한) 신뢰 증명의 방법을 따르는 것이 바람직하나, 위와 같은 방법이 미비한 경우에는 스스로 신뢰를 증명하는 방법을 따르는 것도 가능하다.

스스로 신뢰를 증명하기 위해 사용되거나 이용된 수단이 상거래 등에 부합한다면, 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래가 사기 등의 범죄가 될 수 없으나, 그 수단이 형법상 사기 구성요건을 충족하는 경우 사기죄가 될 수 있다.

이 사건에서 주식회사 설립 초기 단계에서 피고인들이 사용한 다양한 수단은 주식회사 내부에 한정된 관계라기보다는 초기 단계에서 재산권의 이전 등을 포함하는 거래관계를 맺는 불특정 다수인의 재산권, 선택권 등에도 영향을 주는 것이고, 그 영향 정도, 신뢰관계 등에 미치는 정도 등에 비추어 사기죄 성립을 인정할 수 있다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인들의 '공소장변경에 관한 법리오해' 주장을 판단한다.

공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 하는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14361 판결 등 참조).

이 부분 공소사실 기재 자체로 편취금이 피고인들 개인이 아니라 공소외 1 회사에 귀속되었음이 분명하므로, 공소장 기재 적용법조 중 '형법 제347조 제1항'은 '형법 제347조 제2항, 제1항'의 오기이고, 이러한 오기를 바로잡았다고 하여 피고인들의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인들 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 범행일시와 관련한 피고인 2의 주장을 판단한다.

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 등 참조).

원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 각 사기죄는 피해자별로 동일한 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성하고, 각 피해자에 대한 최종 범행일시는 모두 2018. 1. 20. 이후이다. 따라서 이 부분 각 사기죄는 '2018. 1. 20. (00:00) 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같이 포괄일죄 또는 형법 제37조 후단 경합범에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 이 부분 비트코인 이체와 관련하여 공소외 6 회사 서버 접속내역 등에서 어떠한 해킹 흔적도 발견되지 않은 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인이 공소외 1 회사 자금으로 구입하여 공소외 1 회사 전자지갑에 이체해야 할 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑에 이체함으로써 자신이 그 가액 상당의 재산상 이익을 취득하거나 불상의 제3자로 하여금 그 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에 동액 상당의 손해를 가한 후, 위와 같이 이체한 비트코인을 즉시 불상의 다른 전자지갑들로 분산 이체하여 은닉한 사실을 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 변호인이 당심에서 제출한 증 제4호증의 기재는, 이 부분 비트코인 이체가 있는 후 한참 뒤(2018. 7. 19. 이후)의 사정에 관한 것일 뿐만 아니라, 그 내용의 진위가 확인되지도 않았으므로, 그 기재까지 고려하더라도 위와 같은

사실인정을 뒤집기 어렵다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 '공소장변경에 관한 법리오해 및 이익귀속주체 불특정' 주장을 판단한다.

원심이 적절하게 실시하였듯이, 배임행위로 피고인 자신이 재산상 이익을 취득하지 않더라도 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하면 배임죄가 성립한다.

그 제3자가 반드시 특정되어야 한다고 볼 근거도 없다.

위와 같이 피고인이 그 업무상 임무에 반하여 이 부분 비트코인 이체를 행한 것으로 인정되는 이상, 원심이 그로 인한 이익의 귀속 주체를 공소장변경절차를 거치지 않고 '피고인'에서 '피고인 또는 불상의 제3자'로 변경하여 인정하였다고 하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하거나 배임죄의 이익귀속주체를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수도 없다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 추징 가액 산정 기준시점에 관한 피고인 주장을 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등이나 위 조항의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산은 같은 법 제8조 제1항 제3호, 제4호 및 제10조 제1항에 따라 각 추징의 대상이 된다.

그러나 위와 같은 재산이 같은 법 제8조 제3항에서 정한 범죄피해재산인 경우에는 같은 법 제10조 제2항에 따라 그 가액을 추징할 수 없다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도9254 판결 참조).

피고인이 불상의 전자지갑으로 이체한 뒤 곧바로 다른 전자지갑들로 분산 이체한 비트코인 21.56743341개는 피고인이 재산에 관한 죄인 업무상배임죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터(피해자에게 이전해야 하는데도 이전하지 않고) 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산으로, 범죄수익은닉규제법 제8조 제3항에 규정된 범죄피해재산에 해당하므로, 이를 추징할 수 없다.

그런데도 원심은 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제3호, 제10조 제1항에 따라 피고인으로부터 344,647,589원을 추징하였으니, 이러한 원심판결에는 범죄수익은닉규제법상의 추징에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 범행에 관하여 피고인에게 공동가공의 의사와 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다. '일반적으로 피고인 1 명의의 가상화폐 거래가 피고인과의 협의 하에 이루어졌고, 공소외 1 회사 자금 입출금이 피고인 1의 관리 하에 이루어졌다'는 사정만으로 피고인 1의 위 각 범행에 관한 피고인 1의 공동가공 의사와 기능적 행위지배를 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피고인 1, 피고인 2가 거래에 이용할 의도로 포인트를 허위 입력한다는 사정을 알면서 그러한 허위입력행위를 용이하게 하기 위하여 봇 프로그램을 구매 및 관리하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 공소외 1 회사에서 근무하면서 어느 시점 이후에는 위 허위입력행위를 인지한 것으로 보이기는 하나, 나아가 피고인들이 위 허위입력행위 당시 이를 인식하면서 구체적으로 이를 돕는 행위를 하였다고까지 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다.

피고인 2의 양형부당 주장과 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 양형부당 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대하여

범행은 기수에 이르렀으나, 피고인 주장과 같은 사정도 일부 있어, 이용자들이 매매대금 등을 받지 못하는 결과까지는 발생하지 않았다.

일부 횡령 피해는 회복되었다.

피고인의 일부 범행은 '판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있어 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다.

피고인에게 달리 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피고인에게 유리한 정상들이다.

반면, 피고인의 이 사건 각 범행은, 가상화폐 거래에 관한 공공의 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라, 피고인 등의 불투명한 회사자금 관리 및 다른 거래소를 통한 가상화폐 거래에서의 손실 발생 가능성 등과 맞물려 궁극에는 이용자들에게 실제로 매매대금 등을 지급하지 못하게 될 위험성이 높은 것이고, 공소외 1 회사를 믿고 거래한 사람 등의 재산 안전성이 보장된다고 보기 어렵다.

피고인이 실제로 상당액의 공소외 1 회사 자금을 횡령하기까지 하였다.

이처럼 피고인의 이 사건 각 범행은 그 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인에게 불리한 정상이다.

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 항소심 법원이 제1심의 양형을 존중하는 것이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인에 대한 원심 선고형이 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

피고인의 양형부당 주장과 검사의 피고인에 대한 양형부당 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대하여

피고인들의 이 사건 범행은 회사자금으로 자신들 개인의 증자대금을 납입하여 회사자금을 횡령한 것으로, 범행의 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인들에게 불리한 정상이다.

반면, 피고인들의 범행가담 정도가 공범들에 비해 가볍다.

일부 피해가 회복되었다.

피고인들에게 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피해자들에게 유리한 정상들이다.

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인들의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인들에 대한 원심 선고형이 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

검사의 피고인들에 대한 양형부당 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분에 앞에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1의 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

다만, 원심판결 12쪽 4~8행 “별지 범죄일람표(3) 중 피해자 공소외 1 회사에 대한 4,530,000원(연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 18994, 19781번), 피해자 피고인 1에 50,000원(연번 15683번) 등 총 10회 합계 4,580,000원 부분을 제외한 나머지 부분 기재와 같이 총 21,102회에 걸쳐 합계 31,784,292,307원(수수료 포함)”은 아래에서 피고인 1에 대하여 고쳐 쓰는 범죄사실 기재와 같이 오기로 보이므로, 형사소송규칙 제25조 제1항에 따라 이를 경정한다(원심판결 주문의 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 무죄 부분 중 해당 부분도 위와 같이 경정되어야 할 것이나, 이 부분은 앞서 본 바와 같이 이 법원의 심판범위에 포함되지 아니하므로, 이 법원이 이를 경정하지는 않는다).

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

원심은 피고인 1(대법원 판결의 피고인 1), 피고인 2(대법원 판결의 피고인 2)에 대한 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사, 피고인 1에 대한 각 사기[원심판결 별지 범죄일람표(3) 중 연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 15683, 18994, 19781]의 점을 무죄로 판단하였는데, 이 부분에 대하여는 위 피고인들은 물론 검사도 항소를 제기하지 아니하였다.

따라서 위 무죄 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 법리오해 또는 사실오인

가) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

① 가상화폐 포인트나 KRW 포인트는 해당 포인트에 상응하는 채권적 권리가 있음을 의미할 뿐, 해당 포인트에 상응하는 원화나 가상화폐가 공소외 1 회사의 전자지갑 또는 계좌에 입금되었다는 점까지 의미하는 것이 아니므로, 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 포인트 잔고를 입력하였다고 하더라도 이는 허위의 전자정보가 아니다.

② 사전자기기록등위작죄에서의 '위작'은 권한 없는 자가 시스템 설치·운영주체의 의사에 반하여 전자기록을 작성하거나 변경하는 유형위조에 한정되고, 무형위조는 '위작'의 개념에 해당하지 않으므로, 권한 있는 피고인들이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 허위로 입력한 것이 사전자기기록등위작죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다.

③ 피고인들이 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 입력한 것은, 투기세력에 의한 시세 조작을 막고 공소외 1 회사 가상화폐 거래소를 안정적으로 운영할 목적으로 한 것이므로, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없었다.

나) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

① 피고인들이 공소외 1 회사 명의 계좌에 보관되어 있던 돈을 증자대금으로 납입하여 주금납입 전 과정에서 공소외 1 회사의 자본금에 실제 아무런 변동이 없고 자금의 외부 유출이 없어 회사 자산 자체는 동일하므로, 피고인들에게 불법영득의 의사나 횡령의 범의가 없었다.

② 피고인 2의 경우, 설령 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 그 범죄일시는 공소외 1 회사 자금이 피고인들 계좌에 이체된 2018. 1. 19.로 보아야 하므로, 이 부분 공소사실은 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있는데, 원심은 그 범죄일시를 '피고인들 계좌에 이체되었던 공소외 1 회사 자금이 다시 공소외 1 회사 계좌에 유상증자대금으로 납입된 2018. 1. 29.'로 판단하여 형법 제37조 후단 경합범 처리를 하지 않았다.

다) 피고인들에 대한 각 사기 부분

① 이 부분 공소사실에는 불특정 다수의 이용자들을 피해자로 포괄적으로 기재되어 있을 뿐, 사기죄의 성립요건인 개별 기망행위와 그 상대방이 특정되어 있지 않은 공소사실 불특정의 문제가 있으므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각 판결이 선고되어야 한다.

② 검사는 편취금 귀속주체를 피고인들로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 편취금 귀속주체를 공소외 1 회사로 변경하여 인정함으로써 피고인들의 방어권을 침해하였다.

③ 이용자들이 공소외 1 회사 계좌에 돈을 입금한 목적은 KRW 포인트를 충전하여 이를 이용해 가상화폐를 거래하기 위한 것이었는데, 이용자들이 입금한 금액에 상응하는 KRW 포인트가 정상적으로 지급되었고, 이용자들은 KRW 포인트를 이용하여 가상화폐 거래를 할 수 있었으며, 이용자들의 출금요청에 응하여 정상적으로 출금을 하였으므로, 피고인들이 이용자들을 기망한 사실이 없고, 피고인들에게 사기의 범의 역시 없었다.

④ 피고인 2의 경우, 원심은 각 사기죄 중 원심 판시 범죄일람표(3)-1 기재 부분 죄만이 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 판단하였으나, 나머지 사기죄[원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 죄] 중에도 범행일시가 2018. 1. 5.부터 같은 달 20. 사이인 것이 다수 존재한다.

라) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

- ① 검사는 재산상 이익 취득주체를 피고인으로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 재산상 이익 취득주체를 '피고인 또는 제3자'로 변경하여 인정함으로써 피고인의 방어권을 침해하였을 뿐만 아니라, 그 '제3자'가 누구인지조차 특정하지 못하였다.
- ② 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없고, 피고인이 위 전자지갑을 관리·지배 한다는 사실도 증명되지 않았다.
- ③ 이처럼 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없으므로, '은닉행위'가 인정될 수 없다.
- ④ 설령 '은닉행위'가 인정된다고 하더라도, 추정 가액 산정 기준시점은 재판 선고 시인데, 원심은 업무상배임 기수시점인 2018. 1. 18.을 기준으로 위 비트코인의 가액을 산정하였다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1 징역 3년 등, 피고인 2 징역 6월에 집행유예 2년 및 징역 2년)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

가) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

피고인 1 명의의 가상화폐 거래 역시 피고인 1과 피고인이 협의하여 행할 수밖에 없고, 실제 거래와 자금 입출금은 피고인의 관리 하에 이루어졌으므로, 피고인이 이 부분 각 범행을 포함한 피고인 1 명의 가상화폐 거래에 가담하였다고 보는 것이 상식과 경험칙에 부합한다.

나) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

피고인들은 '마켓메이킹 프로그램'의 이용을 위해서는 가상화폐 및 원화의 허위 충전이 불가피하다는 사실을 알면서도 위 프로그램의 구매, 운용, 관리를 도왔으므로, 피고인들의 방조가 인정된다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1, 피고인 2: 위와 같음, 피고인 3, 피고인 4: 각 징역 6월에 집행유예 2년 등)이 너무 가벼워 부당하다.

3. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 또는 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 생성한 후, 실제로는 그 포인트에 상응하는 입금이나 채권적 권리가 없는데도 위 계정에 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 입력한 것은 허위 전자정보를 입력한 것이고, 이는 피고인들이 권한을 남용하여 위 시스템의 설치·운영주체인 공소외 1 회사의 의사에 반하는 전자기록을 생성·행사한 것으로서 권리·의무 또는 사실증명에 관한 타인의 전자기록을 위작·행사한 것이며, 피고인들이 봇 프로그램을 이용하여 위 포인트를 위 시스템에서의 거래에 사용함으로써 위 시스템의 호가, 체결가, 주문량, 거래량 등 정보의 정확성·신뢰성에 악영향을 미친 이상, 피고인들

에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적도 있었던 것으로 인정할 수 있다는 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

단순하게 균질의 대체 가능한 소비재만을 같은 가격으로 파는 구조가 아니라 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조이므로, 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피고인 1의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1, 2호증, 피고인 2의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1호증의 각 기재까지 살펴보더라도 위와 달리 보기 어렵다.

피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

- ① 원심이 적절하게 실시하였듯이, 가공계정의 명의자들이 공소외 1 회사에 대하여 해당 계정에 입력된 포인트에 상응하는 가상화폐나 원화의 출금을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것도 아니었다.
- ② 공소외 1 회사에서 공소외 3 회사로부터 구입하여 설치한 '가상화폐 거래소 웹사이트 솔루션'에는 관리자가 포인트를 수기 입력할 때 "포인트 수기입력은 거래내역, 전산내역 등이 안맞을 경우에만 입력하는 기능으로 긴급상황시에만 사용해 주십시오."라는 내용의 팝업창이 뜨게 되어 있다(증거기록 4권 1962쪽). 피고인들이 가공계좌를 만들어 실제 입금 없이 포인트를 입력할 당시 위와 같은 긴급상황이 존재하지 아니하였음은 분명하다.
- ③ 공소외 1 회사 이용약관 제14조 제1항은 "회사에서 제공하는 서비스는 가상화폐 거래(매도가·매수가·호가 등 거래관련, 주문량·거래량 등 시세 정보관련) 관련 서비스입니다.

"라고 규정하고 있다(증거기록 1권 314쪽). 공소외 1 회사 홈페이지에서는 각 가상화폐의 가격 등락폭, 거래량, 거래금액, 현재가격, 매도주문가격, 매수주문가격 등을 보여주고, 이용자들은 위 정보들을 고려하여 거래를 하게 된다(증거기록 1권 326, 339쪽 등). 여기서 볼 수 있듯이, 매도가, 매수가, 호가, 주문량, 거래량 등 정보의 제공도 공소외 1 회사가 이용자들에게 제공하는 서비스의 중요한 부분이다.

그런데 위 정보들은 그 전부 또는 상당 부분이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에서 실제로 이루어지는 거래와 무관하게 봇 프로그램에 의하여 작출된 것이었고, 공소외 1 회사에서 이러한 사정을 이용자들에게 알리지 않았다.

- ④ 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템의 이용자인 원심 증인 공소외 4는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았다면 위 시스템을 이용하지 않았을 것이라고 진술하였고(공판기록 4권 1537쪽), 다른 이용자인 원심 증인 공소외 5는, 기본적으로 입출금은 당연히 잘 돼야 하는 게 맞고, 그 다음에는 거래량으로, 사용자가 얼마나 거래소를 많이 이용하는지가 중요하다고 진술하였다(공판기록 4권 1552쪽). 비록 공소외 5는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았더라도 상황에 따라서는 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템을 이용하였을 수 있다고 진술하였으나(공판기록 4권 1548~1549쪽), 공소외 5가 나아가 봇 프로그램 이용에 따른 원심 실시와 같은 위험성(원심판결 41~42쪽)까지 알았어도 위 시스템을 이용하였을 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 가상화폐 투자자들에 대한 설문조사 결과, 가상화폐 투자자들이 거래소를 선택할 때 가장 중시하는 점은 보안, 거래량(유동성), 사용 편의성 등의 순서로 나타나기도 하였다(공판기록 4권 1496쪽).

- ⑤ 피고인들의 공소외 1 회사 거래소 개장 전후에 우리나라에서 수많은 가상화폐 거래소가 생겨나 치열하게 경쟁하고 있었다(공판기록 4권 1452쪽 등). 가상계좌가 아닌 '거래소 운영 법인 명의 계좌'로 예탁금을 받아 정부와 금융업계에 의한 '가상화폐 거래소 가상계좌 발급 제한'에도 불구하고 신규 예탁금을 받을 수 있었던 거래소가 공소외 1 회사 거래소만 있는 것도 아니었다.

- ⑥ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조 제3항 제2호, 같은 법 시행령 제203조, 제205조가 투자매매업자의 시장조성행위, 즉 '자신이 모집 또는 매출한 증권이 수요·공급을 그 증권이 상장된 날부터 일정 기간 동안 조성하는 매매거래'를 일정 범위 내에서 허용하고 있기는 하다.

그러나 위 시장조성행위는 법령에 따라 자격과 방법 등에 관하여 엄격한 규제를 받으면서 공개적으로 행하는 것으로, 피고인들의 행위를 위 시장조성행위와 대등한 것으로 평가하기는 어렵다.

⑦ 공·사전자기기록등위작죄의 신설취지 등을 설명한 법무부 '형법개정법률안 제안이유서'에서는 공전자기록등위작죄뿐만 아니라 사전자기기록등위작죄에서도 '위작이란 권한 없이 전자기록 등을 만드는 경우뿐 아니라 허위내용의 전자기록을 만드는 경우를 포함'한다고 설명하고 있다.

- ⑧ 사문서위조죄가 주관적 구성요건으로 '행사할 목적'만을 필요로 하는 것(형법 제231조)과 달리, 사전자기기록등위작죄는 주관적 구성요건으로 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 필요로 한다.

또한 원심이 적절하게 실시하였듯이, 전자기록은 문서와 다른 특징과 차별점이 있고, 그로 인하여 허위정보 입력만으로도 공공의 신용을 훼손할 여지가 문서의 경우보다 훨씬 크다.

이러한 사정들을 고려하면, 사전자기기록등위작죄가 사문서위조죄에 그대로 대응하는 것일 뿐이라고 보기는 어렵다.

2) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

- 가) 주식회사 소유 자금을 임의로 인출하여 사주가 납부하여야 할 증자대금으로 납입한 이상 횡령의 범의 및 불법영득의 의사가 인정된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 위 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입함으로써 공소외 1 회사가 발행한 기존 주식의 가치가 희석되었고, 위 증자대금 납입은 자본거래로 인한 자금 유입으로서 공소외 1 회사 지배구조의 변경을 수반하므로, 위 증자대금 납입을 전후하여 공소외 1 회사의 자산이나 자본에 변화가 없다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들의 위와 같은 행위는 공소외 1 회사 자금을 횡령한 것이고, 피고인들의 불법영득 의사와 횡령 범의도 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

- 나) 이 부분 범행의 기수 시기에 관한 피고인 2의 주장에 관하여 판단한다.

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다.

다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있을 것인바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌로 이체한 후, 그 자금으로 다른 가상화폐 거래소에서 가상화폐를 구입하여 '공소외 1 회사 데이터베이스상 가상화폐 포인트 합계와 대비하여 공소외 1 회사 실제 보유 가상화폐 수량이 부족한 부분'을 채워 넣은 사실이 인정되므로, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌(위와 같이 가상화폐 구입에 사용되던 계좌들이다)로 이체한 것 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보기는 어렵고(공소외 1 회사 계좌의 자금을 피고인 1 명의 계좌로 이체한 피고인 3도 원심법정에서, 당시 피고인들로부터 '증자 자금이 필요하니' 자금을 이체하라는 지시는 받은 적이 없다고 진술하였다).

공판기록 4권 1569~1570쪽), 나아가 피고인들이 것처럼 이체한 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입하였을 때에 비로소 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인들이 자신들 계좌로 이체하였던 공소외 1 회사 자금으로 자신들의 공소외 1 회사 증자대금을 납입한 2018. 1. 29. 이 부분 범행이 기수에 이르렀다는 취지로 판단한 것도 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3) 피고인들에 대한 각 사기 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들과 위 1)항에서 추가한 해당 사정들을 종합하여 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 이 부분 공소사실이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 보기는 어렵고, 피고인들이 공모하여 '공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 만들고, 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 허위 입력한 후, 봇 프로그램을 통해 자동으로 다량의 매도·매수 주문을 제출하여 가공계정들 사이, 가공계정과 일반계정 사이에 거래가 체결되게 함으로써 마치 다수의 실제 이용자들에 의해 거래가 이루어져 시세와 거래량이 정상적으로 형성되는 것처럼 보이게 하는 방법'으로 이용자들을 기망하여 공소외 1 회사로 하여금 이용자들로부터 예약금 및 수수료 명목의 금전을 편취하게 한 사실을 인정할 수 있으며, 피고인들에게 사기 범의도 인정되고, 범행도 기수에 이르렀다는 판단 또한 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사무처리를 그르치게 할 목적으로 한 사전자기록등위작과 그 행사 범죄는, 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조에서 사기죄의 구성요건 인정에 중요한 근거가 되며, 이를 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피해자들이 피고인들에게 속아 공소외 1 회사 계좌에 예약금(수수료는 이용자들이 따로 입금하는 것이 아니라, 나중에 출금하는 금액에서 공제된다)을 입금함으로써 사기죄가 기수에 이르렀다고 보아야 하고, 나중에 공소외 1 회사에서 피해자들에게 정상적으로 출금을 하여 주었다는 사정은 사기죄 성립 후의 사정에 불과하다(이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 뿐이다).

개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중되므로(헌법 제119조 제1항), 주식회사가 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 할 수 있다.

불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 시작하는 주식회사는 국가를 포함하여 제3자에 의한 (규제 방식에 의한) 신뢰 증명의 방법을 따르는 것이 바람직하나, 위와 같은 방법이 미비한 경우에는 스스로 신뢰를 증명하는 방법을 따르는 것도 가능하다.

스스로 신뢰를 증명하기 위해 사용되거나 이용된 수단이 상거래 등에 부합한다면, 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래가 사기 등의 범죄가 될 수 없으나, 그 수단이 형법상 사기 구성요건을 충족하는 경우 사기죄가 될 수 있다.

이 사건에서 주식회사 설립 초기 단계에서 피고인들이 사용한 다양한 수단은 주식회사 내부에 한정된 관계라기보다는 초기 단계에서 재산권의 이전 등을 포함하는 거래관계를 맺는 불특정 다수인의 재산권, 선택권 등에도 영향을 주는 것이고, 그 영향 정도, 신뢰관계 등에 미치는 정도 등에 비추어 사기죄 성립을 인정할 수 있다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인들의 '공소장변경에 관한 법리오해' 주장을 판단한다.

공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 하는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14361 판결 등 참조).

이 부분 공소사실 기재 자체로 편취금이 피고인들 개인이 아니라 공소외 1 회사에 귀속되었음이 분명하므로, 공소장 기재 적용법조 중 '형법 제347조 제1항'은 '형법 제347조 제2항, 제1항'의 오기이고, 이러한 오기를 바로잡았다고 하여 피고인들의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인들 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 범행일시와 관련한 피고인 2의 주장을 판단한다.

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 등 참조).

원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 각 사기죄는 피해자별로 동일한 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성하고, 각 피해자에 대한 최종 범행일시는 모두 2018. 1. 20. 이후이다. 따라서 이 부분 각 사기죄는 '2018. 1. 20. (00:00) 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같이 포괄일죄 또는 형법 제37조 후단 경합범에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 이 부분 비트코인 이체와 관련하여 공소외 6 회사 서버 접속내역 등에서 어떠한 해킹 흔적도 발견되지 않은 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인이 공소외 1 회사 자금으로 구입하여 공소외 1 회사 전자지갑에 이체해야 할 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑에 이체함으로써 자신이 그 가액 상당의 재산상 이익을 취득하거나 불상의 제3자로 하여금 그 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에 동액 상당의 손해를 가한 후, 위와 같이 이체한 비트코인을 즉시 불상의 다른 전자지갑들로 분산 이체하여 은닉한 사실을 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있

고, 거기에 피고인 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 변호인이 당심에서 제출한 증 제4호증의 기재는, 이 부분 비트코인 이체가 있는 후 한참 뒤(2018. 7. 19. 이후)의 사정에 관한 것일 뿐만 아니라, 그 내용의 진위가 확인되지도 않았으므로, 그 기재까지 고려하더라도 위와 같은 사실인정을 뒤집기 어렵다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 '공소장변경에 관한 법리오해 및 이익귀속주체 불특정' 주장을 판단한다.

원심이 적절하게 실시하였듯이, 배임행위로 피고인 자신이 재산상 이익을 취득하지 않더라도 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하면 배임죄가 성립한다.

그 제3자가 반드시 특정되어야 한다고 볼 근거도 없다.

위와 같이 피고인이 그 업무상 임무에 반하여 이 부분 비트코인 이체를 행한 것으로 인정되는 이상, 원심이 그로 인한 이익의 귀속 주체를 공소장변경절차를 거치지 않고 '피고인'에서 '피고인 또는 불상의 제3자'로 변경하여 인정하였다고 하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하거나 배임죄의 이익귀속주체를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수도 없다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 추징 가액 산정 기준시점에 관한 피고인 주장을 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등이나 위 조항의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산은 같은 법 제8조 제1항 제3호, 제4호 및 제10조 제1항에 따라 각 추징의 대상이 된다.

그러나 위와 같은 재산이 같은 법 제8조 제3항에서 정한 범죄피해재산인 경우에는 같은 법 제10조 제2항에 따라 그 가액을 추징할 수 없다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도9254 판결 참조).

피고인이 불상의 전자지갑으로 이체한 뒤 곧바로 다른 전자지갑들로 분산 이체한 비트코인 21.56743341개는 피고인이 재산에 관한 죄인 업무상배임죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터(피해자에게 이전해야 하는데도 이전하지 않고) 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산으로, 범죄수익은닉규제법 제8조 제3항에 규정된 범죄피해재산에 해당하므로, 이를 추징할 수 없다.

그런데도 원심은 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제3호, 제10조 제1항에 따라 피고인으로부터 344,647,589원을 추징하였으니, 이러한 원심판결에는 범죄수익은닉규제법상의 추징에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 범행에 관하여 피고인에게 공동가공의 의사와 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

‘일반적으로 피고인 1 명의의 가상화폐 거래가 피고인과의 협의 하에 이루어졌고, 공소외 1 회사 자금 입출금이 피고인의 관리 하에 이루어졌다’는 사정만으로 피고인 1의 위 각 범행에 관한 피고인의 공동가공 의사와 기능적 행위지배를 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피고인 1, 피고인 2가 거래에 이용할 의도로 포인트를 허위 입력한다는 사정을 알면서 그러한 허위입력행위를 용이하게 하기 위하여 봇 프로그램을 구매 및 관리하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 공소외 1 회사에서 근무하면서 어느 시점 이후에는 위 허위입력행위를 인지한 것으로 보이기는 하나, 나아가 피고인들이 위 허위입력행위 당시 이를 인식하면서 구체적으로 이를 돕는 행위를 하였다고까지 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다.

피고인 2의 양형부당 주장과 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 양형부당 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대하여

범행은 기수에 이르렀으나, 피고인 주장과 같은 사정도 일부 있어, 이용자들이 매매대금 등을 받지 못하는 결과까지는 발생하지 않았다.

일부 횡령 피해는 회복되었다.

피고인의 일부 범행은 ‘판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등’과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있어 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다.

피고인에게 달리 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피고인에게 유리한 정상들이다.

반면, 피고인의 이 사건 각 범행은, 가상화폐 거래에 관한 공공의 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라, 피고인 등의 불투명한 회사자금 관리 및 다른 거래소를 통한 가상화폐 거래에서의 손실 발생 가능성 등과 맞물려 궁극에는 이용자들에게 실제로 매매대금 등을 지급하지 못하게 될 위험성이 높은 것이고, 공소외 1 회사를 믿고 거래한 사람 등의 재산 안전성이 보장된다고 보기 어렵다.

피고인이 실제로 상당액의 공소외 1 회사 자금을 횡령하기까지 하였다.

이처럼 피고인의 이 사건 각 범행은 그 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인에게 불리한 정상이다.

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 항소심 법원이 제1심의 양형을 존중하는 것이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인에 대한 원

심 선고형이 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

피고인의 양형부당 주장과 검사의 피고인에 대한 양형부당 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대하여

피고인들의 이 사건 범행은 회사자금으로 자신들 개인의 증자대금을 납입하여 회사자금을 횡령한 것으로, 범행의 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인들에게 불리한 정상이다.

반면, 피고인들의 범행가담 정도가 공범들에 비해 가볍다.

일부 피해가 회복되었다.

피고인들에게 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피해자들에게 유리한 정상들이다.

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인들의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인들에 대한 원심 선고형이 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

검사의 피고인들에 대한 양형부당 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분에 앞에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1의 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

다만, 원심판결 12쪽 4~8행 "별지 범죄일람표(3) 중 피해자 공소외 1 회사에 대한 4,530,000원(연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 18994, 19781번), 피해자 피고인 1에 50,000원(연번 15683번) 등 총 10회 합계 4,580,000원 부분을 제외한 나머지 부분 기재와 같이 총 21,102회에 걸쳐 합계 31,784,292,307원(수수료 포함)"은 아래에서 피고인 1에 대하여 고쳐 쓰는 범죄사실 기재와 같이 오기로 보이므로, 형사소송규칙 제25조 제1항에 따라 이를 경정한다(원심판결 주문의 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 무죄 부분 중 해당 부분도 위와 같이 경정되어야 할 것이나, 이 부분은 앞서 본 바와 같이 이 법원의 심판범위에 포함되지 아니하므로, 이 법원이 이를 경정하지는 않는다).

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

원심은 피고인 1(대법원 판결의 피고인 1), 피고인 2(대법원 판결의 피고인 2)에 대한 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사, 피고인 1에 대한 각 사기[원심판결 별지 범죄일람표(3) 중 연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 15683, 18994, 19781]의 점을 무죄로 판단하였는데, 이 부분에 대하여는 위 피고인들은 물론 검사도 항소를 제기하지 아니하였다.

따라서 위 무죄 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 법리오해 또는 사실오인

가) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

① 가상화폐 포인트나 KRW 포인트는 해당 포인트에 상응하는 채권적 권리가 있음을 의미할 뿐, 해당 포인트에 상응하는 원화나 가상화폐가 공소외 1 회사의 전자지갑 또는 계좌에 입금되었다는 점까지 의미하는 것이 아니므로, 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 포인트 잔고를 입력하였다고 하더라도 이는 허위의 전자정보가 아니다.

② 사전자기기록등위작죄에서의 '위작'은 권한 없는 자가 시스템 설치·운영주체의 의사에 반하여 전자기록을 작성하거나 변경하는 유형위조에 한정되고, 무형위조는 '위작'의 개념에 해당하지 않으므로, 권한 있는 피고인들이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 허위로 입력한 것이 사전자기기록등위작죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다.

③ 피고인들이 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 입력한 것은, 투기세력에 의한 시세조작을 막고 공소외 1 회사 가상화폐 거래소를 안정적으로 운영할 목적으로 한 것이므로, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없었다.

나) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

① 피고인들이 공소외 1 회사 명의 계좌에 보관되어 있던 돈을 증자대금으로 납입하여 주금납입 전 과정에서 공소외 1 회사의 자본금에 실제 아무런 변동이 없고 자금의 외부 유출이 없어 회사 자산 자체는 동일하므로, 피고인들에게 불법영득의 의사나 횡령의 범의가 없었다.

② 피고인 2의 경우, 설령 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 그 범죄일시는 공소외 1 회사 자금이 피고인들 계좌에 이체된 2018. 1. 19.로 보아야 하므로, 이 부분 공소사실은 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있는데, 원심은 그 범죄일시를 '피고인들 계좌에 이체되었던 공소외 1 회사 자금이 다시 공소외 1 회사 계좌에 유상증자대금으로 납입된 2018. 1. 29.'로 판단하여 형법 제37조 후단 경합범 처리를 하지 않았다.

다) 피고인들에 대한 각 사기 부분

① 이 부분 공소사실에는 불특정 다수의 이용자들을 피해자로 포괄적으로 기재되어 있을 뿐, 사기죄의 성립요건인 개별 기망행위와 그 상대방이 특정되어 있지 않은 공소사실 불특정의 문제가 있으므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각 판결이 선고되어야 한다.

② 검사는 편취금 귀속주체를 피고인들로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 편취금 귀속주체를 공소외 1 회사로 변경하여 인정함으로써 피고인들의 방어권을 침해하였다.

③ 이용자들이 공소외 1 회사 계좌에 돈을 입금한 목적은 KRW 포인트를 충전하여 이를 이용해 가상화폐를 거래하기 위한 것이었는데, 이용자들이 입금한 금액에 상응하는 KRW 포인트가 정상적으로 지급되었고, 이용자들은 KRW 포인트를 이용하여 가상화폐 거래를 할 수 있었으며, 이용자들의 출금요청에 응하여 정상적으로 출금을 하였으므로, 피고인들이 이용자들을 기망한 사실이 없고, 피고인들에게 사기의 범의 역시 없었다.

④ 피고인 2의 경우, 원심은 각 사기죄 중 원심 판시 범죄일람표(3)-1 기재 부분 죄만이 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 판단하였으나, 나

머지 사기죄[원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 죄] 중에도 범행일시가 2018. 1. 5.부터 같은 달 20. 사이인 것이 다수 존재한다.

라) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

- ① 검사는 재산상 이익 취득주체를 피고인으로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 재산상 이익 취득주체를 '피고인 또는 제3자'로 변경하여 인정함으로써 피고인의 방어권을 침해하였을 뿐만 아니라, 그 '제3자'가 누구인지조차 특정하지 못하였다.
- ② 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없고, 피고인이 위 전자지갑을 관리·지배 한다는 사실도 증명되지 않았다.
- ③ 이처럼 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없으므로, '은닉행위'가 인정될 수 없다.
- ④ 설령 '은닉행위'가 인정된다고 하더라도, 추정 가액 산정 기준시점은 재판 선고 시인데, 원심은 업무상배임 기수시점인 2018. 1. 18.을 기준으로 위 비트코인의 가액을 산정하였다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1 징역 3년 등, 피고인 2 징역 6월에 집행유예 2년 및 징역 2년)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

가) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

피고인 1 명의의 가상화폐 거래 역시 피고인 1과 피고인이 협의하여 행할 수밖에 없고, 실제 거래와 자금 입출금은 피고인의 관리 하에 이루어졌으므로, 피고인이 이 부분 각 범행을 포함한 피고인 1 명의 가상화폐 거래에 가담하였다고 보는 것이 상식과 경험칙에 부합한다.

나) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

피고인들은 '마켓메이킹 프로그램의 이용을 위해서는 가상화폐 및 원화의 허위 충전이 불가피하다는 사실을 알면서도 위 프로그램의 구매, 운용, 관리를 도왔으므로, 피고인들의 방조가 인정된다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1, 피고인 2: 위와 같음, 피고인 3, 피고인 4: 각 징역 6월에 집행유예 2년 등)이 너무 가벼워 부당하다.

3. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 또는 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 생성한 후, 실제로는 그 포인트에 상응하는 입금이나 채권적 권리가 없는데도 위 계정에 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 입력한 것은 허위 전자정보를 입력한 것이고, 이는 피고인들이 권한을 남용하여 위 시스템의 설치·운영주체인 공소외 1 회사의 의사에 반하는 전자기록을 생성·행사한 것으로서 권리·의무 또는 사실증명에 관한

타인의 전자기록을 위작·행사한 것이며, 피고인들이 봇 프로그램을 이용하여 위 포인트를 위 시스템에서의 거래에 사용함으로써 위 시스템의 호가, 체결가, 주문량, 거래량 등 정보의 정확성·신뢰성에 악영향을 미친 이상, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적도 있었던 것으로 인정할 수 있다는 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

단순하게 균질의 대체 가능한 소비재만을 같은 가격으로 파는 구조가 아니라 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조이므로, 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피고인 1의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1, 2호증, 피고인 2의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1호증의 각 기재까지 살펴보더라도 위와 달리 보기 어렵다.

피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

- ① 원심이 적절하게 실시하였듯이, 가공계정의 명의자들이 공소외 1 회사에 대하여 해당 계정에 입력된 포인트에 상응하는 가상화폐나 원화의 출금을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것도 아니었다.
- ② 공소외 1 회사에서 공소외 3 회사로부터 구입하여 설치한 '가상화폐 거래소 웹사이트 솔루션'에는 관리자가 포인트를 수기 입력할 때 "포인트 수기입력은 거래내역, 전산내역 등이 안맞을 경우에만 입력하는 기능으로 긴급상황시에만 사용해 주십시오."라는 내용의 팝업창이 뜨게 되어 있다(증거기록 4권 1962쪽). 피고인들이 가공계좌를 만들어 실제 입금 없이 포인트를 입력할 당시 위와 같은 긴급상황이 존재하지 아니하였음은 분명하다.
- ③ 공소외 1 회사 이용약관 제14조 제1항은 "회사에서 제공하는 서비스는 가상화폐 거래(매도가·매수가·호가 등 거래관련, 주문량·거래량 등 시세 정보관련) 관련 서비스입니다.

"라고 규정하고 있다(증거기록 1권 314쪽). 공소외 1 회사 홈페이지에서는 각 가상화폐의 가격 등락폭, 거래량, 거래금액, 현재가격, 매도주문가격, 매수주문가격 등을 보여주고, 이용자들은 위 정보들을 고려하여 거래를 하게 된다(증거기록 1권 326, 339쪽 등). 여기서 볼 수 있듯이, 매도가, 매수가, 호가, 주문량, 거래량 등 정보의 제공도 공소외 1 회사가 이용자들에게 제공하는 서비스의 중요한 부분이다.

그런데 위 정보들은 그 전부 또는 상당 부분이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에서 실제로 이루어지는 거래와 무관하게 봇 프로그램에 의하여 작출된 것이었고, 공소외 1 회사에서 이러한 사정을 이용자들에게 알리지 않았다.

- ④ 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템의 이용자인 원심 증인 공소외 4는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았다면 위 시스템을 이용하지 않았을 것이라고 진술하였고(공판기록 4권 1537쪽), 다른 이용자인 원심 증인 공소외 5는, 기본적으로 입출금은 당연히 잘 돼야 하는 게 맞고, 그 다음에는 거래량으로, 사용자가 얼마나 거래소를 많이 이용하는지가 중요하다고 진술하였다(공판기록 4권 1552쪽). 비록 공소외 5는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았더라도 상황에 따라서는 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템을 이용하였을 수 있다고 진술하였으나(공판기록 4권 1548~1549쪽), 공소외 5가 나아가 봇 프로그램 이용에 따른 원심 실시와 같은 위험성(원심판결 41~42쪽)까지 알았어도 위 시스템을 이용하였을 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 가상화폐 투자자들에 대한 설문조사 결과, 가상화폐 투자자들이 거래소를 선택할 때 가장 중시하는 점은 보안, 거래량(유동성), 사용 편의성 등의 순서로 나타나기도 하였다(공판기록 4권 1496쪽).

- ⑤ 피고인들의 공소외 1 회사 거래소 개장 전후에 우리나라에서 수많은 가상화폐 거래소가 생겨나 치열하게 경쟁하고 있었다(공판기록 4권 1452쪽 등). 가상계좌가 아닌 '거래소 운영 법인 명의 계좌'로 예탁금을 받아 정부와 금융업계

에 의한 '가상화폐 거래소 가상계좌 발급 제한'에도 불구하고 신규 예약금을 받을 수 있었던 거래소가 공소외 1 회사 거래소만 있는 것도 아니었다.

- ⑥ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조 제3항 제2호, 같은 법 시행령 제203조, 제205조가 투자매매업자의 시장조성행위, 즉 '자신이 모집 또는 매출한 증권이 수요·공급을 그 증권이 상장된 날부터 일정 기간 동안 조성하는 매매거래'를 일정 범위 내에서 허용하고 있기는 하다.

그러나 위 시장조성행위는 법령에 따라 자격과 방법 등에 관하여 엄격한 규제를 받으면서 공개적으로 행하는 것으로, 피고인들의 행위를 위 시장조성행위와 대등한 것으로 평가하기는 어렵다.

⑦ 공·사전자기록등위작죄의 신설취지 등을 설명한 법무부 '형법개정법률안 제안이유서'에서는 공전자기록등위작죄뿐만 아니라 사전자기록등위작죄에서도 '위작이란 권한 없이 전자기록 등을 만드는 경우뿐 아니라 허위내용의 전자기록을 만드는 경우를 포함'한다고 설명하고 있다.

- ⑧ 사문서위조죄가 주관적 구성요건으로 '행사할 목적'만을 필요로 하는 것(형법 제231조)과 달리, 사전자기록등위작죄는 주관적 구성요건으로 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 필요로 한다.

또한 원심이 적절하게 설시하였듯이, 전자기록은 문서와 다른 특징과 차별점이 있고, 그로 인하여 허위정보 입력만으로도 공공의 신용을 훼손할 여지가 문서의 경우보다 훨씬 크다.

이러한 사정들을 고려하면, 사전자기록등위작죄가 사문서위조죄에 그대로 대응하는 것일 뿐이라고 보기는 어렵다.

2) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

- 가) 주식회사 소유 자금을 임의로 인출하여 사주가 납부하여야 할 증자대금으로 납입한 이상 횡령의 범의 및 불법영득의 의사가 인정된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입함으로써 공소외 1 회사가 발행한 기존 주식의 가치가 희석되었고, 위 증자대금 납입은 자본거래로 인한 자금 유입으로서 공소외 1 회사 지배구조의 변경을 수반하므로, 위 증자대금 납입을 전후하여 공소외 1 회사의 자산이나 자본에 변화가 없다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들의 위와 같은 행위는 공소외 1 회사 자금을 횡령한 것이고, 피고인들의 불법영득 의사와 횡령 범의도 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

- 나) 이 부분 범행의 기수 시기에 관한 피고인 2의 주장에 관하여 판단한다.

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다.

다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있을 것인바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 참

조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌로 이체한 후, 그 자금으로 다른 가상화폐 거래소에서 가상화폐를 구입하여 '공소외 1 회사 데이터베이스상 가상화폐 포인트 합계와 대비하여 공소외 1 회사 실제 보유 가상화폐 수량이 부족한 부분'을 채워 넣은 사실이 인정되므로, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌(위와 같이 가상화폐 구입에 사용되던 계좌들이다)로 이체한 것 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보기는 어렵고(공소외 1 회사 계좌의 자금을 피고인 1 명의 계좌로 이체한 피고인 3도 원심법정에서, 당시 피고인들로부터 '증자 자금이 필요하니' 자금을 이체하라는 지시는 받은 적이 없다고 진술하였다).

공판기록 4권 1569~1570쪽), 나아가 피고인들이 것처럼 이체한 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입하였을 때에 비로소 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인들이 자신들 계좌로 이체하였던 공소외 1 회사 자금으로 자신들의 공소외 1 회사 증자대금을 납입한 2018. 1. 29. 이 부분 범행이 기수에 이르렀다는 취지로 판단한 것도 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3) 피고인들에 대한 각 사기 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들과 위 1)항에서 추가한 해당 사정들을 종합하여 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 이 부분 공소사실이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 보기는 어렵고, 피고인들이 공모하여 '공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 만들고, 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 허위 입력한 후, 봇 프로그램을 통해 자동으로 다량의 매도·매수 주문을 제출하여 가공계정들 사이, 가공계정과 일반계정 사이에 거래가 체결되게 함으로써 마치 다수의 실제 이용자들에 의해 거래가 이루어져 시세와 거래량이 정상적으로 형성되는 것처럼 보이게 하는 방법'으로 이용자들을 기망하여 공소외 1 회사로 하여금 이용자들로부터 예약금 및 수수료 명목의 금전을 편취하게 한 사실을 인정할 수 있으며, 피고인들에게 사기 범의도 인정되고, 범행도 기수에 이르렀다는 판단 또한 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사무처리를 그르치게 할 목적으로 한 사전자기기록등위작과 그 행사 범죄는, 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조에서 사기죄의 구성요건 인정에 중요한 근거가 되며, 이를 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피해자들이 피고인들에게 속아 공소외 1 회사 계좌에 예약금(수수료는 이용자들이 따로 입금하는 것이 아니라, 나중에 출금하는 금액에서 공제된다)을 입금함으로써 사기죄가 기수에 이르렀다고 보아야 하고, 나중에 공소외 1 회사에서 피해자들에게 정상적으로 출금을 하여 주었다는 사정은 사기죄 성립 후의 사정에 불과하다(이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 뿐이다).

개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중되므로(헌법 제119조 제1항), 주식회사가 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 할 수 있다.

불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 시작하는 주식회사는 국가를 포함하여 제3자에 의한 (규제 방식에 의한) 신뢰 증명의 방법을 따르는 것이 바람직하나, 위와 같은 방법이 미비한 경우에는 스스로 신뢰를 증

명하는 방법을 따르는 것도 가능하다.

스스로 신뢰를 증명하기 위해 사용되거나 이용된 수단이 상거래 등에 부합한다면, 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래가 사기 등의 범죄가 될 수 없으나, 그 수단이 형법상 사기 구성요건을 충족하는 경우 사기죄가 될 수 있다.

이 사건에서 주식회사 설립 초기 단계에서 피고인들이 사용한 다양한 수단은 주식회사 내부에 한정된 관계라기보다는 초기 단계에서 재산권의 이전 등을 포함하는 거래관계를 맺는 불특정 다수인의 재산권, 선택권 등에도 영향을 주는 것이고, 그 영향 정도, 신뢰관계 등에 미치는 정도 등에 비추어 사기죄 성립을 인정할 수 있다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인들의 '공소장변경에 관한 법리오해' 주장을 판단한다.

공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 하는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14361 판결 등 참조).

이 부분 공소사실 기재 자체로 편취금이 피고인들 개인이 아니라 공소외 1 회사에 귀속되었음이 분명하므로, 공소장 기재 적용법조 중 '형법 제347조 제1항'은 '형법 제347조 제2항, 제1항'의 오기이고, 이러한 오기를 바로잡았다고 하여 피고인들의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인들 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 범행일시와 관련한 피고인 2의 주장을 판단한다.

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 등 참조).

원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 각 사기죄는 피해자별로 동일한 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성하고, 각 피해자에 대한 최종 범행일시는 모두 2018. 1. 20. 이후이다. 따라서 이 부분 각 사기죄는 '2018. 1. 20. (00:00) 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같이 포괄일죄 또는 형법 제37조 후단 경합범에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 이 부분 비트코인 이체와 관련하여 공소외 6 회사 서버 접속내역 등에서 어떠한 해킹 흔적도 발견되지 않은 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인이 공소외 1 회사 자금으로 구입하여 공소외 1 회사 전자지갑에 이체해야 할 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑에 이체함으로써 자신이 그 가액 상당의 재산상 이익을 취득하거나 불상의 제3자로 하여금 그 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에 동액 상당의 손해를 가한 후, 위와 같이 이체한 비트코인을 즉

시 불상의 다른 전자지갑들로 분산 이체하여 은닉한 사실을 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 변호인이 당심에서 제출한 증 제4호증의 기재는, 이 부분 비트코인 이체가 있는 후 한참 뒤(2018. 7. 19. 이후)의 사정에 관한 것일 뿐만 아니라, 그 내용의 진위가 확인되지도 않았으므로, 그 기재까지 고려하더라도 위와 같은 사실인정을 뒤집기 어렵다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 '공소장변경에 관한 법리오해 및 이익귀속주체 불특정' 주장을 판단한다.

원심이 적절하게 실시하였듯이, 배임행위로 피고인 자신이 재산상 이익을 취득하지 않더라도 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하면 배임죄가 성립한다.

그 제3자가 반드시 특정되어야 한다고 볼 근거도 없다.

위와 같이 피고인이 그 업무상 임무에 반하여 이 부분 비트코인 이체를 행한 것으로 인정되는 이상, 원심이 그로 인한 이익의 귀속 주체를 공소장변경절차를 거치지 않고 '피고인'에서 '피고인 또는 불상의 제3자'로 변경하여 인정하였다고 하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하거나 배임죄의 이익귀속주체를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수도 없다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 추징 가액 산정 기준시점에 관한 피고인 주장을 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등이나 위 조항의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산은 같은 법 제8조 제1항 제3호, 제4호 및 제10조 제1항에 따라 각 추징의 대상이 된다.

그러나 위와 같은 재산이 같은 법 제8조 제3항에서 정한 범죄피해재산인 경우에는 같은 법 제10조 제2항에 따라 그 가액을 추징할 수 없다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도9254 판결 참조).

피고인이 불상의 전자지갑으로 이체한 뒤 곧바로 다른 전자지갑들로 분산 이체한 비트코인 21.56743341개는 피고인이 재산에 관한 죄인 업무상배임죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터(피해자에게 이전해야 하는데도 이전하지 않고) 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산으로, 범죄수익은닉규제법 제8조 제3항에 규정된 범죄피해재산에 해당하므로, 이를 추징할 수 없다.

그런데도 원심은 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제3호, 제10조 제1항에 따라 피고인으로부터 344,647,589원을 추징하였으니, 이러한 원심판결에는 범죄수익은닉규제법상의 추징에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 범행에 관하여 피고인에게 공동가공의 의사와 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

‘일반적으로 피고인 1 명의의 가상화폐 거래가 피고인과의 협의 하에 이루어졌고, 공소외 1 회사 자금 입출금이 피고인의 관리 하에 이루어졌다’는 사정만으로 피고인 1의 위 각 범행에 관한 피고인의 공동가공 의사와 기능적 행위지배를 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피고인 1, 피고인 2가 거래에 이용할 의도로 포인트를 허위 입력한다는 사정을 알면서 그러한 허위입력행위를 용이하게 하기 위하여 봇 프로그램을 구매 및 관리하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 공소외 1 회사에서 근무하면서 어느 시점 이후에는 위 허위입력행위를 인지한 것으로 보이기는 하나, 나아가 피고인들이 위 허위입력행위 당시 이를 인식하면서 구체적으로 이를 돕는 행위를 하였다고까지 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다.

피고인 2의 양형부당 주장과 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 양형부당 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대하여

범행은 기수에 이르렀으나, 피고인 주장과 같은 사정도 일부 있어, 이용자들이 매매대금 등을 받지 못하는 결과까지는 발생하지 않았다.

일부 횡령 피해는 회복되었다.

피고인의 일부 범행은 ‘판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등’과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있어 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다.

피고인에게 달리 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피고인에게 유리한 정상들이다.

반면, 피고인의 이 사건 각 범행은, 가상화폐 거래에 관한 공공의 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라, 피고인 등의 불투명한 회사자금 관리 및 다른 거래소를 통한 가상화폐 거래에서의 손실 발생 가능성 등과 맞물려 궁극에는 이용자들에게 실제로 매매대금 등을 지급하지 못하게 될 위험성이 높은 것이고, 공소외 1 회사를 믿고 거래한 사람 등의 재산 안전성이 보장된다고 보기 어렵다.

피고인이 실제로 상당액의 공소외 1 회사 자금을 횡령하기까지 하였다.

이처럼 피고인의 이 사건 각 범행은 그 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인에게 불리한 정상이다.

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 항소심 법원이 제1심의 양형을 존중하는 것이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인에 대한 원

심 선고형이 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

피고인의 양형부당 주장과 검사의 피고인에 대한 양형부당 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대하여

피고인들의 이 사건 범행은 회사자금으로 자신들 개인의 증자대금을 납입하여 회사자금을 횡령한 것으로, 범행의 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인들에게 불리한 정상이다.

반면, 피고인들의 범행가담 정도가 공범들에 비해 가볍다.

일부 피해가 회복되었다.

피고인들에게 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피해자들에게 유리한 정상들이다.

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인들의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인들에 대한 원심 선고형이 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

검사의 피고인들에 대한 양형부당 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분에 앞에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1의 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

다만, 원심판결 12쪽 4~8행 "별지 범죄일람표(3) 중 피해자 공소외 1 회사에 대한 4,530,000원(연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 18994, 19781번), 피해자 피고인 1에 50,000원(연번 15683번) 등 총 10회 합계 4,580,000원 부분을 제외한 나머지 부분 기재와 같이 총 21,102회에 걸쳐 합계 31,784,292,307원(수수료 포함)"은 아래에서 피고인 1에 대하여 고쳐 쓰는 범죄사실 기재와 같이 오기로 보이므로, 형사소송규칙 제25조 제1항에 따라 이를 경정한다(원심판결 주문의 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 무죄 부분 중 해당 부분도 위와 같이 경정되어야 할 것이나, 이 부분은 앞서 본 바와 같이 이 법원의 심판범위에 포함되지 아니하므로, 이 법원이 이를 경정하지는 않는다).

【이유】

】1. 이 법원의 심판범위

원심은 피고인 1(대법원 판결의 피고인 1), 피고인 2(대법원 판결의 피고인 2)에 대한 공소사실 중 피해자 공소외 1 회사, 피고인 1에 대한 각 사기[원심판결 별지 범죄일람표(3) 중 연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 15683, 18994, 19781]의 점을 무죄로 판단하였는데, 이 부분에 대하여는 위 피고인들은 물론 검사도 항소를 제기하지 아니하였다.

따라서 위 무죄 부분은 이 법원의 심판범위에서 제외된다.

2. 항소이유 요지

가. 피고인 1, 피고인 2

1) 법리오해 또는 사실오인

가) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

① 가상화폐 포인트나 KRW 포인트는 해당 포인트에 상응하는 채권적 권리가 있음을 의미할 뿐, 해당 포인트에 상응하는 원화나 가상화폐가 공소외 1 회사의 전자지갑 또는 계좌에 입금되었다는 점까지 의미하는 것이 아니므로, 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 포인트 잔고를 입력하였다고 하더라도 이는 허위의 전자정보가 아니다.

② 사전자기기록등위작죄에서의 '위작'은 권한 없는 자가 시스템 설치·운영주체의 의사에 반하여 전자기록을 작성하거나 변경하는 유형위조에 한정되고, 무형위조는 '위작'의 개념에 해당하지 않으므로, 권한 있는 피고인들이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 허위로 입력한 것이 사전자기기록등위작죄 및 동행사죄를 구성하지 않는다.

③ 피고인들이 가상화폐 또는 원화의 입금 없이 가상화폐 포인트와 KRW 포인트를 입력한 것은, 투기세력에 의한 시세조작을 막고 공소외 1 회사 가상화폐 거래소를 안정적으로 운영할 목적으로 한 것이므로, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적이 없었다.

나) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

① 피고인들이 공소외 1 회사 명의 계좌에 보관되어 있던 돈을 증자대금으로 납입하여 주금납입 전 과정에서 공소외 1 회사의 자본금에 실제 아무런 변동이 없고 자금의 외부 유출이 없어 회사 자산 자체는 동일하므로, 피고인들에게 불법영득의 의사나 횡령의 범의가 없었다.

② 피고인 2의 경우, 설령 이 부분 공소사실이 유죄로 인정된다고 하더라도, 그 범죄일시는 공소외 1 회사 자금이 피고인들 계좌에 이체된 2018. 1. 19.로 보아야 하므로, 이 부분 공소사실은 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있는데, 원심은 그 범죄일시를 '피고인들 계좌에 이체되었던 공소외 1 회사 자금이 다시 공소외 1 회사 계좌에 유상증자대금으로 납입된 2018. 1. 29.'로 판단하여 형법 제37조 후단 경합범 처리를 하지 않았다.

다) 피고인들에 대한 각 사기 부분

① 이 부분 공소사실에는 불특정 다수의 이용자들을 피해자로 포괄적으로 기재되어 있을 뿐, 사기죄의 성립요건인 개별 기망행위와 그 상대방이 특정되어 있지 않은 공소사실 불특정의 문제가 있으므로, 공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당하여 공소기각 판결이 선고되어야 한다.

② 검사는 편취금 귀속주체를 피고인들로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 편취금 귀속주체를 공소외 1 회사로 변경하여 인정함으로써 피고인들의 방어권을 침해하였다.

③ 이용자들이 공소외 1 회사 계좌에 돈을 입금한 목적은 KRW 포인트를 충전하여 이를 이용해 가상화폐를 거래하기 위한 것이었는데, 이용자들이 입금한 금액에 상응하는 KRW 포인트가 정상적으로 지급되었고, 이용자들은 KRW 포인트를 이용하여 가상화폐 거래를 할 수 있었으며, 이용자들의 출금요청에 응하여 정상적으로 출금을 하였으므로, 피고인들이 이용자들을 기망한 사실이 없고, 피고인들에게 사기의 범의 역시 없었다.

④ 피고인 2의 경우, 원심은 각 사기죄 중 원심 판시 범죄일람표(3)-1 기재 부분 죄만이 '2018. 1. 20. 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 판단하였으나, 나

머지 사기죄[원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 죄] 중에도 범행일시가 2018. 1. 5.부터 같은 달 20. 사이인 것이 다수 존재한다.

라) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

- ① 검사는 재산상 이익 취득주체를 피고인으로 명시하여 공소를 제기하였는데, 원심은 공소장변경 없이 재산상 이익 취득주체를 '피고인 또는 제3자'로 변경하여 인정함으로써 피고인의 방어권을 침해하였을 뿐만 아니라, 그 '제3자'가 누구인지조차 특정하지 못하였다.
- ② 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없고, 피고인이 위 전자지갑을 관리·지배 한다는 사실도 증명되지 않았다.
- ③ 이처럼 피고인이 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑으로 이체한 사실이 없으므로, '은닉행위'가 인정될 수 없다.
- ④ 설령 '은닉행위'가 인정된다고 하더라도, 추정 가액 산정 기준시점은 재판 선고 시인데, 원심은 업무상배임 기수시점인 2018. 1. 18.을 기준으로 위 비트코인의 가액을 산정하였다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1 징역 3년 등, 피고인 2 징역 6월에 집행유예 2년 및 징역 2년)이 너무 무거워 부당하다.

나. 검사

1) 사실오인

가) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

피고인 1 명의의 가상화폐 거래 역시 피고인 1과 피고인이 협의하여 행할 수밖에 없고, 실제 거래와 자금 입출금은 피고인의 관리 하에 이루어졌으므로, 피고인이 이 부분 각 범행을 포함한 피고인 1 명의 가상화폐 거래에 가담하였다고 보는 것이 상식과 경험칙에 부합한다.

나) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

피고인들은 '마켓메이킹 프로그램의 이용을 위해서는 가상화폐 및 원화의 허위 충전이 불가피하다는 사실을 알면서도 위 프로그램의 구매, 운용, 관리를 도왔으므로, 피고인들의 방조가 인정된다.

2) 양형부당

피고인들에 대한 원심 선고형(피고인 1, 피고인 2: 위와 같음, 피고인 3, 피고인 4: 각 징역 6월에 집행유예 2년 등)이 너무 가벼워 부당하다.

3. 판단

가. 피고인 1, 피고인 2의 법리오해 또는 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인들에 대한 각 사전자기기록등위작 및 위작사전자기기록등행사 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거 등에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정들을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 생성한 후, 실제로는 그 포인트에 상응하는 입금이나 채권적 권리가 없는데도 위 계정에 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 입력한 것은 허위 전자정보를 입력한 것이고, 이는 피고인들이 권한을 남용하여 위 시스템의 설치·운영주체인 공소외 1 회사의 의사에 반하는 전자기록을 생성·행사한 것으로서 권리·의무 또는 사실증명에 관한

타인의 전자기록을 위작·행사한 것이며, 피고인들이 봇 프로그램을 이용하여 위 포인트를 위 시스템에서의 거래에 사용함으로써 위 시스템의 호가, 체결가, 주문량, 거래량 등 정보의 정확성·신뢰성에 악영향을 미친 이상, 피고인들에게 공소외 1 회사의 사무처리를 그르치게 할 목적도 있었던 것으로 인정할 수 있다는 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

단순하게 균질의 대체 가능한 소비재만을 같은 가격으로 파는 구조가 아니라 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조이므로, 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피고인 1의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1, 2호증, 피고인 2의 변호인이 당심에서 제출한 증 제1호증의 각 기재까지 살펴보더라도 위와 달리 보기 어렵다.

피고인들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

- ① 원심이 적절하게 실시하였듯이, 가공계정의 명의자들이 공소외 1 회사에 대하여 해당 계정에 입력된 포인트에 상응하는 가상화폐나 원화의 출금을 청구할 수 있는 권리를 가지는 것도 아니었다.
- ② 공소외 1 회사에서 공소외 3 회사로부터 구입하여 설치한 '가상화폐 거래소 웹사이트 솔루션'에는 관리자가 포인트를 수기 입력할 때 "포인트 수기입력은 거래내역, 전산내역 등이 안맞을 경우에만 입력하는 기능으로 긴급상황시에만 사용해 주십시오."라는 내용의 팝업창이 뜨게 되어 있다(증거기록 4권 1962쪽). 피고인들이 가공계좌를 만들어 실제 입금 없이 포인트를 입력할 당시 위와 같은 긴급상황이 존재하지 아니하였음은 분명하다.
- ③ 공소외 1 회사 이용약관 제14조 제1항은 "회사에서 제공하는 서비스는 가상화폐 거래(매도가·매수가·호가 등 거래관련, 주문량·거래량 등 시세 정보관련) 관련 서비스입니다.

"라고 규정하고 있다(증거기록 1권 314쪽). 공소외 1 회사 홈페이지에서는 각 가상화폐의 가격 등락폭, 거래량, 거래금액, 현재가격, 매도주문가격, 매수주문가격 등을 보여주고, 이용자들은 위 정보들을 고려하여 거래를 하게 된다(증거기록 1권 326, 339쪽 등). 여기서 볼 수 있듯이, 매도가, 매수가, 호가, 주문량, 거래량 등 정보의 제공도 공소외 1 회사가 이용자들에게 제공하는 서비스의 중요한 부분이다.

그런데 위 정보들은 그 전부 또는 상당 부분이 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에서 실제로 이루어지는 거래와 무관하게 봇 프로그램에 의하여 작출된 것이었고, 공소외 1 회사에서 이러한 사정을 이용자들에게 알리지 않았다.

- ④ 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템의 이용자인 원심 증인 공소외 4는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았다면 위 시스템을 이용하지 않았을 것이라고 진술하였고(공판기록 4권 1537쪽), 다른 이용자인 원심 증인 공소외 5는, 기본적으로 입출금은 당연히 잘 돼야 하는 게 맞고, 그 다음에는 거래량으로, 사용자가 얼마나 거래소를 많이 이용하는지가 중요하다고 진술하였다(공판기록 4권 1552쪽). 비록 공소외 5는, 봇 프로그램 이용 사실을 알았더라도 상황에 따라서는 공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템을 이용하였을 수 있다고 진술하였으나(공판기록 4권 1548~1549쪽), 공소외 5가 나아가 봇 프로그램 이용에 따른 원심 실시와 같은 위험성(원심판결 41~42쪽)까지 알았어도 위 시스템을 이용하였을 것이라고 보기는 어렵다.

한편, 가상화폐 투자자들에 대한 설문조사 결과, 가상화폐 투자자들이 거래소를 선택할 때 가장 중시하는 점은 보안, 거래량(유동성), 사용 편의성 등의 순서로 나타나기도 하였다(공판기록 4권 1496쪽).

- ⑤ 피고인들의 공소외 1 회사 거래소 개장 전후에 우리나라에서 수많은 가상화폐 거래소가 생겨나 치열하게 경쟁하고 있었다(공판기록 4권 1452쪽 등). 가상계좌가 아닌 '거래소 운영 법인 명의 계좌'로 예탁금을 받아 정부와 금융업계

에 의한 '가상화폐 거래소 가상계좌 발급 제한'에도 불구하고 신규 예약금을 받을 수 있었던 거래소가 공소외 1 회사 거래소만 있는 것도 아니었다.

- ⑥ 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제176조 제3항 제2호, 같은 법 시행령 제203조, 제205조가 투자매매업자의 시장조성행위, 즉 '자신이 모집 또는 매출한 증권이 수요·공급을 그 증권이 상장된 날부터 일정 기간 동안 조성하는 매매거래'를 일정 범위 내에서 허용하고 있기는 하다.

그러나 위 시장조성행위는 법령에 따라 자격과 방법 등에 관하여 엄격한 규제를 받으면서 공개적으로 행하는 것으로, 피고인들의 행위를 위 시장조성행위와 대등한 것으로 평가하기는 어렵다.

⑦ 공·사전자기록등위작죄의 신설취지 등을 설명한 법무부 '형법개정법률안 제안이유서'에서는 공전자기록등위작죄뿐만 아니라 사전자기록등위작죄에서도 '위작이란 권한 없이 전자기록 등을 만드는 경우뿐 아니라 허위내용의 전자기록을 만드는 경우를 포함'한다고 설명하고 있다.

- ⑧ 사문서위조죄가 주관적 구성요건으로 '행사할 목적'만을 필요로 하는 것(형법 제231조)과 달리, 사전자기록등위작죄는 주관적 구성요건으로 '사무처리를 그르치게 할 목적'을 필요로 한다.

또한 원심이 적절하게 설시하였듯이, 전자기록은 문서와 다른 특징과 차별점이 있고, 그로 인하여 허위정보 입력만으로도 공공의 신용을 훼손할 여지가 문서의 경우보다 훨씬 크다.

이러한 사정들을 고려하면, 사전자기록등위작죄가 사문서위조죄에 그대로 대응하는 것일 뿐이라고 보기는 어렵다.

2) 피고인들에 대한 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령) 부분

- 가) 주식회사 소유 자금을 임의로 인출하여 사주가 납부하여야 할 증자대금으로 납입한 이상 횡령의 범의 및 불법영득의 의사가 인정된다(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004도817 판결 참조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 설시와 같은 사정들에다가, 위 증거들에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정, 즉 피고인들이 공소외 1 회사 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입함으로써 공소외 1 회사가 발행한 기존 주식의 가치가 희석되었고, 위 증자대금 납입은 자본거래로 인한 자금 유입으로서 공소외 1 회사 지배구조의 변경을 수반하므로, 위 증자대금 납입을 전후하여 공소외 1 회사의 자산이나 자본에 변화가 없다고 보기는 어려운 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인들의 위와 같은 행위는 공소외 1 회사 자금을 횡령한 것이고, 피고인들의 불법영득 의사와 횡령 범의도 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

- 나) 이 부분 범행의 기수 시기에 관한 피고인 2의 주장에 관하여 판단한다.

법인의 운영자 또는 관리자가 법인의 자금을 이용하여 비자금을 조성하였다고 하더라도 그것이 당해 비자금의 소유자인 법인 이외의 제3자가 이를 발견하기 곤란하게 하기 위한 장부상의 분식에 불과하거나 법인의 운영에 필요한 자금을 조달하는 수단으로 인정되는 경우에는 불법영득의 의사를 인정하기 어렵다.

다만 법인의 운영자 또는 관리자가 법인을 위한 목적이 아니라 법인과는 아무런 관련이 없거나 개인적인 용도로 착복할 목적으로 법인의 자금을 빼내어 별도로 비자금을 조성하였다면 그 조성행위 자체로서 불법영득의 의사가 실현된 것으로 볼 수 있을 것인바, 이때 그 행위자에게 법인의 자금을 빼내어 착복할 목적이 있었는지 여부는 그 법인의 성격과 비자금의 조성 동기, 방법, 규모, 기간, 비자금의 보관방법 및 실제 사용용도 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도11015 판결, 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014도15182 판결 참

조).

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하면, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌로 이체한 후, 그 자금으로 다른 가상화폐 거래소에서 가상화폐를 구입하여 '공소외 1 회사 데이터베이스상 가상화폐 포인트 합계와 대비하여 공소외 1 회사 실제 보유 가상화폐 수량이 부족한 부분'을 채워 넣은 사실이 인정되므로, 피고인들이 공소외 1 회사 계좌의 자금을 자신들의 개인 계좌(위와 같이 가상화폐 구입에 사용되던 계좌들이다)로 이체한 것 자체로써 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보기는 어렵고(공소외 1 회사 계좌의 자금을 피고인 1 명의 계좌로 이체한 피고인 3도 원심법정에서, 당시 피고인들로부터 '증자 자금이 필요하니' 자금을 이체하라는 지시는 받은 적이 없다고 진술하였다).

공판기록 4권 1569~1570쪽), 나아가 피고인들이 것처럼 이체한 자금으로 자신들 개인의 공소외 1 회사 증자대금을 납입하였을 때 비로소 불법영득의 의사가 실현된 것으로 보아야 한다.

따라서 원심이 피고인들이 자신들 계좌로 이체하였던 공소외 1 회사 자금으로 자신들의 공소외 1 회사 증자대금을 납입한 2018. 1. 29. 이 부분 범행이 기수에 이르렀다는 취지로 판단한 것도 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

3) 피고인들에 대한 각 사기 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들과 위 1)항에서 추가한 해당 사정들을 종합하여 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 이 부분 공소사실이 특정되지 않아 공소제기가 위법하다고 보기는 어렵고, 피고인들이 공모하여 '공소외 1 회사 가상화폐 거래시스템에 가공계정을 만들고, 가상화폐 포인트 및 KRW 포인트를 허위 입력한 후, 봇 프로그램을 통해 자동으로 다량의 매도·매수 주문을 제출하여 가공계정들 사이, 가공계정과 일반계정 사이에 거래가 체결되게 함으로써 마치 다수의 실제 이용자들에 의해 거래가 이루어져 시세와 거래량이 정상적으로 형성되는 것처럼 보이게 하는 방법'으로 이용자들을 기망하여 공소외 1 회사로 하여금 이용자들로부터 예약금 및 수수료 명목의 금전을 편취하게 한 사실을 인정할 수 있으며, 피고인들에게 사기 범의도 인정되고, 범행도 기수에 이르렀다는 판단 또한 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인들 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

사무처리를 그르치게 할 목적으로 한 사전자기기록등위작과 그 행사 범죄는, 거래소라는 외관을 표시하면서 신뢰 판단의 기초가 되는 다양한 정보를 제공하는 구조에서 사기죄의 구성요건 인정에 중요한 근거가 되며, 이를 피고인들 주장과 같이 단순한 상거래 과정의 과장 등으로 보기는 어렵다.

피해자들이 피고인들에게 속아 공소외 1 회사 계좌에 예약금(수수료는 이용자들이 따로 입금하는 것이 아니라, 나중에 출금하는 금액에서 공제된다)을 입금함으로써 사기죄가 기수에 이르렀다고 보아야 하고, 나중에 공소외 1 회사에서 피해자들에게 정상적으로 출금을 하여 주었다는 사정은 사기죄 성립 후의 사정에 불과하다(이러한 사정은 양형에 반영할 수 있을 뿐이다).

개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 존중되므로(헌법 제119조 제1항), 주식회사가 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 할 수 있다.

불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래를 시작하는 주식회사는 국가를 포함하여 제3자에 의한 (규제 방식에 의한) 신뢰 증명의 방법을 따르는 것이 바람직하나, 위와 같은 방법이 미비한 경우에는 스스로 신뢰를 증

명하는 방법을 따르는 것도 가능하다.

스스로 신뢰를 증명하기 위해 사용되거나 이용된 수단이 상거래 등에 부합한다면, 불특정 다수인을 상대로 재산권의 이전 등을 포함하는 거래가 사기 등의 범죄가 될 수 없으나, 그 수단이 형법상 사기 구성요건을 충족하는 경우 사기죄가 될 수 있다.

이 사건에서 주식회사 설립 초기 단계에서 피고인들이 사용한 다양한 수단은 주식회사 내부에 한정된 관계라기보다는 초기 단계에서 재산권의 이전 등을 포함하는 거래관계를 맺는 불특정 다수인의 재산권, 선택권 등에도 영향을 주는 것이고, 그 영향 정도, 신뢰관계 등에 미치는 정도 등에 비추어 사기죄 성립을 인정할 수 있다.

피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인들의 '공소장변경에 관한 법리오해' 주장을 판단한다.

공소장에 적용법조를 기재하는 이유는 공소사실의 법률적 평가를 명확히 하여 피고인의 방어권을 보장하고자 하는 것이므로, 적용법조의 기재에 오기나 누락이 있는 경우라 할지라도 이로 인하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익을 주지 않는 한 공소제기의 효력에는 영향이 없고, 법원으로서도 공소장변경의 절차를 거치지 않고 곧바로 공소장에 기재되어 있지 않은 법조를 적용할 수 있다(대법원 2019. 2. 14. 선고 2018도14361 판결 등 참조).

이 부분 공소사실 기재 자체로 편취금이 피고인들 개인이 아니라 공소외 1 회사에 귀속되었음이 분명하므로, 공소장 기재 적용법조 중 '형법 제347조 제1항'은 '형법 제347조 제2항, 제1항'의 오기이고, 이러한 오기를 바로잡았다고 하여 피고인들의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인들 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없으므로, 피고인들의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 범행일시와 관련한 피고인 2의 주장을 판단한다.

포괄일죄로 되는 개개의 범죄행위가 다른 종류의 죄의 확정판결의 전후에 걸쳐서 행하여진 경우에는 그 죄는 2죄로 분리되지 않고 확정판결 후인 최종의 범죄행위 시에 완성되는 것이다(대법원 2003. 8. 22. 선고 2002도5341 판결 등 참조).

원심 판시 범죄일람표(3)-2 기재 부분 각 사기죄는 피해자별로 동일한 피해자에 대하여 단일한 범의 하에 동일한 방법으로 이루어진 것으로서 포괄하여 1죄를 구성하고, 각 피해자에 대한 최종 범행일시는 모두 2018. 1. 20. 이후이다. 따라서 이 부분 각 사기죄는 '2018. 1. 20. (00:00) 판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등'과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있다고 볼 수 없으므로, 같은 취지의 원심 판단은 정당하고, 거기에 피고인 2 주장과 같이 포괄일죄 또는 형법 제37조 후단 경합범에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인한 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인 2의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

4) 피고인 1에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 부분

가) 원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에다가, 이 부분 비트코인 이체와 관련하여 공소외 6 회사 서버 접속내역 등에서 어떠한 해킹 흔적도 발견되지 않은 점을 보태어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 피고인이 공소외 1 회사 자금으로 구입하여 공소외 1 회사 전자지갑에 이체해야 할 비트코인 21.56743341개를 불상의 전자지갑에 이체함으로써 자신이 그 가액 상당의 재산상 이익을 취득하거나 불상의 제3자로 하여금 그 이익을 취득하게 하고 공소외 1 회사에 동액 상당의 손해를 가한 후, 위와 같이 이체한 비트코인을 즉

시 불상의 다른 전자지갑들로 분산 이체하여 은닉한 사실을 인정할 수 있다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 피고인 주장과 같은 법리오해나 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인의 변호인이 당심에서 제출한 증 제4호증의 기재는, 이 부분 비트코인 이체가 있는 후 한참 뒤(2018. 7. 19. 이후)의 사정에 관한 것일 뿐만 아니라, 그 내용의 진위가 확인되지도 않았으므로, 그 기재까지 고려하더라도 위와 같은 사실인정을 뒤집기 어렵다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

나) 피고인의 '공소장변경에 관한 법리오해 및 이익귀속주체 불특정' 주장을 판단한다.

원심이 적절하게 실시하였듯이, 배임행위로 피고인 자신이 재산상 이익을 취득하지 않더라도 제3자로 하여금 재산상 이익을 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하면 배임죄가 성립한다.

그 제3자가 반드시 특정되어야 한다고 볼 근거도 없다.

위와 같이 피고인이 그 업무상 임무에 반하여 이 부분 비트코인 이체를 행한 것으로 인정되는 이상, 원심이 그로 인한 이익의 귀속 주체를 공소장변경절차를 거치지 않고 '피고인'에서 '피고인 또는 불상의 제3자'로 변경하여 인정하였다고 하여 피고인의 방어에 실질적인 불이익이 발생하였다고 할 수도 없다.

따라서 이 부분 원심판결에 피고인 주장과 같이 공소장변경에 관한 법리를 오해하거나 배임죄의 이익귀속주체를 특정하지 않은 위법이 있다고 할 수도 없다.

피고인의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

다) 추징 가액 산정 기준시점에 관한 피고인 주장을 판단하기에 앞서 직권으로 판단한다.

범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률(이하 '범죄수익은닉규제법'이라 한다) 제3조 또는 제4조의 범죄행위에 관계된 범죄수익 등이나 위 조항의 범죄행위에 의하여 생긴 재산 또는 그 범죄행위의 보수로 얻은 재산은 같은 법 제8조 제1항 제3호, 제4호 및 제10조 제1항에 따라 각 추징의 대상이 된다.

그러나 위와 같은 재산이 같은 법 제8조 제3항에서 정한 범죄피해재산인 경우에는 같은 법 제10조 제2항에 따라 그 가액을 추징할 수 없다(대법원 2017. 10. 26. 선고 2017도9254 판결 참조).

피고인이 불상의 전자지갑으로 이체한 뒤 곧바로 다른 전자지갑들로 분산 이체한 비트코인 21.56743341개는 피고인이 재산에 관한 죄인 업무상배임죄의 범죄행위에 의하여 그 피해자로부터(피해자에게 이전해야 하는데도 이전하지 않고) 취득한 재산 또는 그 재산의 보유·처분에 의하여 얻은 재산으로, 범죄수익은닉규제법 제8조 제3항에 규정된 범죄피해재산에 해당하므로, 이를 추징할 수 없다.

그런데도 원심은 범죄수익은닉규제법 제8조 제1항 제3호, 제10조 제1항에 따라 피고인으로부터 344,647,589원을 추징하였으니, 이러한 원심판결에는 범죄수익은닉규제법상의 추징에 관한 법리를 오해하거나 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.

나. 검사의 사실오인 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대한 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반의 점 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인 1의 업무상배임, 범죄수익은닉의규제및처벌등에관한법률위반 범행에 관하여 피고인에게 공동가공의 의사와 기능적 행위지배가 있었다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

‘일반적으로 피고인 1 명의의 가상화폐 거래가 피고인과의 협의 하에 이루어졌고, 공소외 1 회사 자금 입출금이 피고인의 관리 하에 이루어졌다’는 사정만으로 피고인 1의 위 각 범행에 관한 피고인의 공동가공 의사와 기능적 행위지배를 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대한 무죄 부분

원심이 적법하게 채택, 조사한 증거들에 의하여 인정되는 원심 실시와 같은 사정들에 비추어 보면, 원심의 이 부분 판단, 즉 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 피고인 1, 피고인 2가 거래에 이용할 의도로 포인트를 허위 입력한다는 사정을 알면서 그러한 허위입력행위를 용이하게 하기 위하여 봇 프로그램을 구매 및 관리하였다는 점이 합리적 의심의 여지 없이 증명되었다고 보기 어렵다는 판단도 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 검사 주장과 같은 사실오인의 잘못이 있다고 할 수 없다.

피고인들이 공소외 1 회사에서 근무하면서 어느 시점 이후에는 위 허위입력행위를 인지한 것으로 보이기는 하나, 나아가 피고인들이 위 허위입력행위 당시 이를 인식하면서 구체적으로 이를 돕는 행위를 하였다고까지 인정하기는 어렵다.

검사의 이 부분 주장 역시 받아들일 수 없다.

다.

피고인 2의 양형부당 주장과 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 양형부당 주장에 관하여

1) 피고인 2에 대하여

범행은 기수에 이르렀으나, 피고인 주장과 같은 사정도 일부 있어, 이용자들이 매매대금 등을 받지 못하는 결과까지는 발생하지 않았다.

일부 횡령 피해는 회복되었다.

피고인의 일부 범행은 ‘판결이 확정된 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(위험운전치상)죄 등’과 형법 제37조 후단 경합범 관계에 있어 동시에 판결할 경우와의 형평을 고려하여야 한다.

피고인에게 달리 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피고인에게 유리한 정상들이다.

반면, 피고인의 이 사건 각 범행은, 가상화폐 거래에 관한 공공의 신뢰를 훼손할 뿐만 아니라, 피고인 등의 불투명한 회사자금 관리 및 다른 거래소를 통한 가상화폐 거래에서의 손실 발생 가능성 등과 맞물려 궁극에는 이용자들에게 실제로 매매대금 등을 지급하지 못하게 될 위험성이 높은 것이고, 공소외 1 회사를 믿고 거래한 사람 등의 재산 안전성이 보장된다고 보기 어렵다.

피고인이 실제로 상당액의 공소외 1 회사 자금을 횡령하기까지 하였다.

이처럼 피고인의 이 사건 각 범행은 그 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인에게 불리한 정상이다.

제1심과 비교하여 양형의 조건에 변화가 없고 제1심의 양형이 재량의 합리적인 범위를 벗어나지 아니하는 경우에는 항소심 법원이 제1심의 양형을 존중하는 것이 타당하다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인에 대한 원

심 선고형이 너무 무겁거나 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

피고인의 양형부당 주장과 검사의 피고인에 대한 양형부당 주장도 받아들일 수 없다.

2) 피고인 3, 피고인 4에 대하여

피고인들의 이 사건 범행은 회사자금으로 자신들 개인의 증자대금을 납입하여 회사자금을 횡령한 것으로, 범행의 경위와 내용 및 수법 등에 비추어 볼 때 죄질이 나쁘다.

이러한 사정은 피고인들에게 불리한 정상이다.

반면, 피고인들의 범행가담 정도가 공범들에 비해 가볍다.

일부 피해가 회복되었다.

피고인들에게 범죄전력이 없다.

이러한 사정들은 피해자들에게 유리한 정상들이다.

위와 같은 사정들을 비롯하여 피고인들의 나이, 성행, 환경, 가족관계, 범행의 동기와 경위, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 제반 양형조건(항소심에서 추가된 양형자료 포함)을 종합하여 보면, 피고인들에 대한 원심 선고형이 너무 가벼워 부당하다고는 인정되지 아니한다.

검사의 피고인들에 대한 양형부당 주장 역시 받아들일 수 없다.

4. 결론

원심판결 중 피고인 1에 대한 유죄부분에 앞에서 본 직권파기사유가 있으므로, 피고인 1의 양형부당 주장과 검사의 피고인 1에 대한 양형부당 주장에 관한 판단을 생략한 채 형사소송법 제364조 제2항에 따라 이 부분 원심판결을 파기하고, 변론을 거쳐 다시 아래와 같이 판결한다.

피고인 2의 항소와 검사의 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4에 대한 항소는 모두 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 따라 이를 기각한다.

다만, 원심판결 12쪽 4~8행 "별지 범죄일람표(3) 중 피해자 공소외 1 회사에 대한 4,530,000원(연번 645, 729, 3132, 3307, 4379, 5812, 13757, 18994, 19781번), 피해자 피고인 1에 50,000원(연번 15683번) 등 총 10회 합계 4,580,000원 부분을 제외한 나머지 부분 기재와 같이 총 21,102회에 걸쳐 합계 31,784,292,307원(수수료 포함)"은 아래에서 피고인 1에 대하여 고쳐 쓰는 범죄사실 기재와 같이 오기로 보이므로, 형사소송규칙 제25조 제1항에 따라 이를 경정한다(원심판결 주문의 피고인 1, 피고인 2에 대한 각 무죄 부분 중 해당 부분도 위와 같이 경정되어야 할 것이나, 이 부분은 앞서 본 바와 같이 이 법원의 심판범위에 포함되지 아니하므로, 이 법원이 이를 경정하지는 않는다).