

사기·정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반

[서울중앙지방법원 2008. 11. 27. 2008노2959]



【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인

【검 사】 김기현

【변 호 인】 변호사 유승민

【원심판결】 서울중앙지방법원 2008. 8. 29. 선고 2007고단7672 판결

【주문】

】

원심판결을 파기한다.

피고인을 벌금 7,000,000원에 처한다.

피고인이 위 벌금을 납입하지 아니하는 경우 50,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치한다.

위 벌금에 상당한 금액의 가납을 명한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

(1) 사기의 점에 대하여, 피고인은 피해자에게 공소사실과 같이 ○○생명보험주식회사 상품 투자금 명목으로 돈을 받은 것이 아니라 지인인 공소외 1의 사업에 대한 투자금 명목으로 돈을 받아 그 명목대로 공소외 1에게 전달하였고, 피해자가 약정기간인 3개월이 지나서 약정보다 과도한 수익금을 요구하여 이를 지급하지 못하였던 것이지, 공소사실과 같이 개인적 용도에 사용할 의도였음에도 피해자에게 ○○생명보험주식회사에 대한 투자금 명목으로 돈을 편취한 것이 아니다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여, 이 사건 문자메시지의 내용, 보낸 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 볼 때, 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다.

나. 양형부당

사건의 경위, 피고인에게 벌금형 이상의 형이 확정되는 경우 실직의 위험이 있는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 사기의 점에 대하여

(가) 이 사건 사기의 점에 있어 기망의 핵심요소는 피고인이 사실은 개인적 용도에 사용할 의사였음에도 불구하고 피해자에게는 자신이 근무하는 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 거짓말하여, 그 투자금 명목으로 돈을 받았는지 여부에 있다.

(나) 우선, 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 피고인에 대한 경찰피의자신문조서, 공소외 2의 사실확인서의 증거능력에 대하여 본다.

- 1) 피고인에 대한 경찰피의자신문조서에는 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 거짓말을 한 것을 인정하는 취지로 진술한 것으로 되어 있으나, 피고인이 검찰에서 거짓말한 것이 아니라고 편취범의를 부인한 이래 원심 및 당심 법정에서도 일관되게 같은 취지로 부인하고 있으므로, 결국 피고인은 이 부분 공소사실에 대한 자백의 취지가 담겨 있는 경찰피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것으로 보아야 하므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다{원심의 증거목록에는 피고인이 원심 제2회 공판기일에 경찰피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나, 피고인의 위와 같은 진술경위에 원심에서 변호인이 제출한 증거인부서(공판기록 22면)에도 그 내용인정 여부에 대하여 기재되어 있지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 위 증거목록의 기재는 착오기재로 보인다}.
- 2) 공소외 2의 사실확인서는 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지도 아니하였고, 원진술자인 공소외 2의 원심 공판준비 또는 공판기일의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지도 아니하였으므로, 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

3) 그럼에도 불구하고, 위 증거들을 유죄의 증거로 삼은 원심판결은 채증법칙을 위배한 위법이 있다.

(다) 그러나, 원심이 적법하게 증거조사하여 채택한 나머지 증거들, 특히 공소외 3의 경찰, 검찰 및 원심법정에서의 진술, 피고인의 검찰, 원심 및 당심에서의 일부 법정진술에 의하면, ○○생명보험주식회사의 보험설계사인 피고인은 2005. 9. 무렵 피해자를 술집에서 우연히 알게 된 후 피해자에게 자신은 연간 10억 이상의 수익을 올리고 있다고 있다는 등 회사 내에서 자신의 위치를 과시한 사실, 그후 피고인은 피해자에게 위 회사의 보험상품에 대하여 설명하는 문자메시지를 보내고 공소사실 기재와 같은 말을 하면서 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 권유하였고 이에 피해자는 위 회사의 명성과 피고인의 말을 믿고 이 사건 투자에 이르게 되었으며 그때 공소외 1의 사업에 투자한다는 이야기를 전혀 듣지 못한 사실, 그러나 피고인은 피해자에게 한 말과는 달리 피해자의 투자금을 지인인 공소외 1의 사업에 투자하였고 피해자는 2007. 2.경에야 자신의 투자금이 ○○생명보험주식회사에 입금되지 아니하였음을 알게 되어 피고인에게 항의한 사실을 인정할 수 있다.

(라) 사실관계가 위와 같다면, 피고인은 피해자에게 그 진정한 투자처를 속이고 피해자로부터 원심판시와 같이 금원을 편취하였다고 볼 수 있으므로, 원심의 앞서의 채증법칙위배는 판결의 결과에 영향을 미치지 아니하여 이를 이유로 원심판결을 파기하지는 아니한다.

따라서, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여

(가) 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 등 참조).

(나) 이 사건 기록에 의하면, 이 사건 문자메시지를 보낸 무렵 피고인과 피해자 사이에는 피해자의 위 투자금의 반환문제로 서로 상대방을 비방하는 내용의 문자메시지가 오가는 등 다툼이 있었던 사정은 인정된다.

그러나, '피해자를 칼로 썰어 죽이겠다'는 취지의 이 사건 문자메시지의 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 범행이 위와 같은 의미의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수는 없다.

나. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 원심에서 피해금액의 원금을 공탁하고 당심에 이르러 추가로 이자 상당액을 공탁한 점 등의 범행의 경위, 범행 후의 정황, 피고인의 연령, 성행, 직업, 가족관계 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 참작할 때, 원심의 형은 다소 무거워서 부당하다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

(1) 사기의 점에 대하여, 피고인은 피해자에게 공소사실과 같이 ○○생명보험주식회사 상품 투자금 명목으로 돈을 받은 것이 아니라 지인인 공소외 1의 사업에 대한 투자금 명목으로 돈을 받아 그 명목대로 공소외 1에게 전달하였고, 피해자가 약정기간인 3개월이 지나서 약정보다 과도한 수익금을 요구하여 이를 지급하지 못하였던 것이지, 공소사실과 같이 개인적 용도에 사용할 의도였음에도 피해자에게 ○○생명보험주식회사에 대한 투자금 명목으로 돈을 편취한 것이 아니다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여, 이 사건 문자메시지의 내용, 보낸 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 볼 때, 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다.

나. 양형부당

사건의 경위, 피고인에게 벌금형 이상의 형이 확정되는 경우 실직의 위험이 있는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 사기의 점에 대하여

(가) 이 사건 사기의 점에 있어 기망의 핵심요소는 피고인이 사실은 개인적 용도에 사용할 의사였음에도 불구하고 피해자에게는 자신이 근무하는 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 거짓말하여, 그 투자금 명목으로 돈을 받았는지 여부에 있다.

(나) 우선, 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 피고인에 대한 경찰피의자신문조서, 공소외 2의 사실확인서의 증거능력에 대하여 본다.

- 1) 피고인에 대한 경찰피의자신문조서에는 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 거짓말을 한 것을 인정하는 취지로 진술한 것으로 되어 있으나, 피고인이 검찰에서 거짓말한 것이 아니라고 편취범의를 부인한 이래 원심 및 당심 법정에서도 일관되게 같은 취지로 부인하고 있으므로, 결국 피고인은 이 부분 공소사실에 대한 자백의 취지가 담겨 있는 경찰피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것으로 보아야 하므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다{원심의 증거목록에는 피고인이 원심 제2회 공판기일에 경찰피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나, 피고인의 위와 같은 진술경위에 원심에서 변호인이 제출한 증거인부서(공판기록 22면)에도 그 내용인정 여부에 대하여 기재되어 있지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 위 증거목록의 기재는 착오기재로 보인다}.
- 2) 공소외 2의 사실확인서는 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지도 아니하였고, 원진술자인 공소외 2의 원심 공판준비 또는 공판기일의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지도 아니하였으므로, 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

3) 그럼에도 불구하고, 위 증거들을 유죄의 증거로 삼은 원심판결은 채증법칙을 위배한 위법이 있다.

(다) 그러나, 원심이 적법하게 증거조사하여 채택한 나머지 증거들, 특히 공소외 3의 경찰, 검찰 및 원심법정에서의 진술, 피고인의 검찰, 원심 및 당심에서의 일부 법정진술에 의하면, ○○생명보험주식회사의 보험설계사인 피고인은 2005. 9. 무렵 피해자를 술집에서 우연히 알게 된 후 피해자에게 자신은 연간 10억 이상의 수익을 올리고 있다고 있다는 등 회사 내에서 자신의 위치를 과시한 사실, 그후 피고인은 피해자에게 위 회사의 보험상품에 대하여 설명하는 문자메시지를 보내고 공소사실 기재와 같은 말을 하면서 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 권유하였고 이에 피해자는 위 회사의 명성과 피고인의 말을 믿고 이 사건 투자에 이르게 되었으며 그때 공소외 1의 사업에 투자한다는 이야기를 전혀 듣지 못한 사실, 그러나 피고인은 피해자에게 한 말과는 달리 피해자의 투자금을 지인인 공소외 1의 사업에 투자하였고 피해자는 2007. 2.경에야 자신의 투자금이 ○○생명보험주식회사에 입금되지 아니하였음을 알게 되어 피고인에게 항의한 사실을 인정할 수 있다.

(라) 사실관계가 위와 같다면, 피고인은 피해자에게 그 진정한 투자처를 속이고 피해자로부터 원심판시와 같이 금원을 편취하였다고 볼 수 있으므로, 원심의 앞서의 채증법칙위배는 판결의 결과에 영향을 미치지 아니하여 이를 이유로 원심판결을 파기하지는 아니한다.

따라서, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여

(가) 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 등 참조).

(나) 이 사건 기록에 의하면, 이 사건 문자메시지를 보낼 무렵 피고인과 피해자 사이에는 피해자의 위 투자금의 반환문제로 서로 상대방을 비방하는 내용의 문자메시지가 오가는 등 다툼이 있었던 사정은 인정된다.

그러나, '피해자를 칼로 썰서 죽이겠다'는 취지의 이 사건 문자메시지의 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 범행이 위와 같은 의미의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수는 없다.

나. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 원심에서 피해금액의 원금을 공탁하고 당심에 이르러 추가로 이자 상당액을 공탁한 점 등의 범행의 경위, 범행 후의 정황, 피고인의 연령, 성행, 직업, 가족관계 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 참작할 때, 원심의 형은 다소 무거워서 부당하다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

(1) 사기의 점에 대하여, 피고인은 피해자에게 공소사실과 같이 ○○생명보험주식회사 상품 투자금 명목으로 돈을 받은 것이 아니라 지인인 공소외 1의 사업에 대한 투자금 명목으로 돈을 받아 그 명목대로 공소외 1에게 전달하였고, 피해자가 약정기간인 3개월이 지나서 약정보다 과도한 수익금을 요구하여 이를 지급하지 못하였던 것이지, 공소사실과 같이 개인적 용도에 사용할 의도였음에도 피해자에게 ○○생명보험주식회사에 대한 투자금 명목으로 돈을 편취한 것이 아니다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여, 이 사건 문자메시지의 내용, 보낸 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 볼 때, 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다.

나. 양형부당

사건의 경위, 피고인에게 벌금형 이상의 형이 확정되는 경우 실직의 위험이 있는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 사기의 점에 대하여

(가) 이 사건 사기의 점에 있어 기망의 핵심요소는 피고인이 사실은 개인적 용도에 사용할 의사였음에도 불구하고 피해자에게는 자신이 근무하는 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 거짓말하여, 그 투자금 명목으로 돈을 받았는지 여부에 있다.

(나) 우선, 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 피고인에 대한 경찰피의자신문조서, 공소외 2의 사실확인서의 증거능력에 대하여 본다.

1) 피고인에 대한 경찰피의자신문조서에는 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 거짓말을 한 것을 인정하는 취지로 진술한 것으로 되어 있으나, 피고인이 검찰에서 거짓말한 것이 아니라고 편취범의를 부인한 이래 원심 및 당심 법정에서도 일관되게 같은 취지로 부인하고 있으므로, 결국 피고인은 이 부분 공소사실에 대한 자백의 취지가 담겨 있는 경찰피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것으로 보아야 하므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다{원심의 증거목록에는 피고인이 원심 제2회 공판기일에 경찰피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나, 피

고인의 위와 같은 진술경위에 원심에서 변호인이 제출한 증거인부서(공판기록 22면)에도 그 내용인정 여부에 대하여 기재되어 있지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 위 증거목록의 기재는 착오기재로 보인다}.

2) 공소외 2의 사실확인서는 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지도 아니하였고, 원진술자인 공소외 2의 원심 공판준비 또는 공판기일의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지도 아니하였으므로, 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

3) 그럼에도 불구하고, 위 증거들을 유죄의 증거로 삼은 원심판결은 채증법칙을 위배한 위법이 있다.

(다) 그러나, 원심이 적법하게 증거조사하여 채택한 나머지 증거들, 특히 공소외 3의 경찰, 검찰 및 원심법정에서의 진술, 피고인의 검찰, 원심 및 당심에서의 일부 법정진술에 의하면, ○○생명보험주식회사의 보험설계사인 피고인은 2005. 9. 무렵 피해자를 술집에서 우연히 알게 된 후 피해자에게 자신은 연간 10억 이상의 수익을 올리고 있다고 있다는 등 회사 내에서 자신의 위치를 과시한 사실, 그후 피고인은 피해자에게 위 회사의 보험상품에 대하여 설명하는 문자메시지를 보내고 공소사실 기재와 같은 말을 하면서 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 권유하였고 이에 피해자는 위 회사의 명성과 피고인의 말을 믿고 이 사건 투자에 이르게 되었으며 그때 공소외 1의 사업에 투자한다는 이야기를 전혀 듣지 못한 사실, 그러나 피고인은 피해자에게 한 말과는 달리 피해자의 투자금을 지인인 공소외 1의 사업에 투자하였고 피해자는 2007. 2.경에야 자신의 투자금이 ○○생명보험주식회사에 입금되지 아니하였음을 알게 되어 피고인에게 항의한 사실을 인정할 수 있다.

(라) 사실관계가 위와 같다면, 피고인은 피해자에게 그 진정한 투자처를 속이고 피해자로부터 원심판시와 같이 금원을 편취하였다고 볼 수 있으므로, 원심의 앞서의 채증법칙위배는 판결의 결과에 영향을 미치지 아니하여 이를 이유로 원심판결을 파기하지는 아니한다.

따라서, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여

(가) 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 등 참조).

(나) 이 사건 기록에 의하면, 이 사건 문자메시지를 보낼 무렵 피고인과 피해자 사이에는 피해자의 위 투자금의 반환문제로 서로 상대방을 비방하는 내용의 문자메시지가 오가는 등 다툼이 있었던 사정은 인정된다.

그러나, '피해자를 칼로 썰서 죽이겠다'는 취지의 이 사건 문자메시지의 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 범행이 위와 같은 의미의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수는 없다.

나. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 원심에서 피해금액의 원금을 공탁하고 당심에 이르러 추가로 이자 상당액을 공탁한 점 등의 범행의 경위, 범행 후의 정황, 피고인의 연령, 성행, 직업, 가족관계 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 참작할 때, 원심의 형은 다소 무거워서 부당하다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 다시 다음과 같이 판결한다.

【이유】

】 1. 항소이유의 요지

가. 사실오인 내지 법리오해

(1) 사기의 점에 대하여, 피고인은 피해자에게 공소사실과 같이 ○○생명보험주식회사 상품 투자금 명목으로 돈을 받은 것이 아니라 지인인 공소외 1의 사업에 대한 투자금 명목으로 돈을 받아 그 명목대로 공소외 1에게 전달하였고, 피해자가 약정기간인 3개월이 지나서 약정보다 과도한 수익금을 요구하여 이를 지급하지 못하였던 것이지, 공소사실과 같이 개인적 용도에 사용할 의도였음에도 피해자에게 ○○생명보험주식회사에 대한 투자금 명목으로 돈을 편취한 것이 아니다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여, 이 사건 문자메시지의 내용, 보낸 경위, 피고인과 피해자의 관계 등에 비추어 볼 때, 이는 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로서 위법성이 조각된다.

나. 양형부당

사건의 경위, 피고인에게 벌금형 이상의 형이 확정되는 경우 실직의 위험이 있는 점 등을 고려하면, 원심의 형(징역 10월, 집행유예 2년)은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 사실오인 주장에 대한 판단

(1) 사기의 점에 대하여

(가) 이 사건 사기의 점에 있어 기망의 핵심요소는 피고인이 사실은 개인적 용도에 사용할 의사였음에도 불구하고 피해자에게는 자신이 근무하는 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 거짓말하여, 그 투자금 명목으로 돈을 받았는지 여부에 있다.

(나) 우선, 원심이 유죄의 증거로 들고 있는 피고인에 대한 경찰피의자신문조서, 공소외 2의 사실확인서의 증거능력에 대하여 본다.

1) 피고인에 대한 경찰피의자신문조서에는 피고인이 이 부분 공소사실 기재와 같이 거짓말을 한 것을 인정하는 취지로 진술한 것으로 되어 있으나, 피고인이 검찰에서 거짓말한 것이 아니라고 편취범의를 부인한 이래 원심 및 당심 법정에서도 일관되게 같은 취지로 부인하고 있으므로, 결국 피고인은 이 부분 공소사실에 대한 자백의 취지가 담겨 있는 경찰피의자신문조서의 진술내용을 인정하지 않는 것으로 보아야 하므로 이를 유죄의 증거로 삼을 수 없다{원심의 증거목록에는 피고인이 원심 제2회 공판기일에 경찰피의자신문조서의 내용을 인정한 것으로 기재되어 있으나, 피고인의 위와 같은 진술경위에 원심에서 변호인이 제출한 증거인부서(공판기록 22면)에도 그 내용인정 여부에 대하여 기재되어 있지 아니한 점 등을 종합하여 보면, 위 증거목록의 기재는 착오기재로 보인다}.

2) 공소외 2의 사실확인서는 피고인이 이를 증거로 함에 동의하지도 아니하였고, 원진술자인 공소외 2의 원심 공판준비 또는 공판기일의 진술에 의하여 그 성립의 진정이 인정되지도 아니하였으므로, 유죄의 증거로 삼을 수 없다.

3) 그럼에도 불구하고, 위 증거들을 유죄의 증거로 삼은 원심판결은 채증법칙을 위배한 위법이 있다.

(다) 그러나, 원심이 적법하게 증거조사하여 채택한 나머지 증거들, 특히 공소외 3의 경찰, 검찰 및 원심법정에서의 진술, 피고인의 검찰, 원심 및 당심에서의 일부 법정진술에 의하면, ○○생명보험주식회사의 보험설계사인 피고인은 2005. 9. 무렵 피해자를 술집에서 우연히 알게 된 후 피해자에게 자신은 연간 10억 이상의 수익을 올리고 있다고 있다는 등 회사 내에서 자신의 위치를 과시한 사실, 그후 피고인은 피해자에게 위 회사의 보험상품에 대하여 설명하는 문자메시지를 보내고 공소사실 기재와 같은 말을 하면서 ○○생명보험주식회사의 상품에 투자하라고 권유하였고 이에 피해자는 위 회사의 명성과 피고인의 말을 믿고 이 사건 투자에 이르게 되었으며 그때 공소외 1의 사업에 투자한다는 이야기를 전혀 듣지 못한 사실, 그러나 피고인은 피해자에게 한 말과는 달리 피해자의 투자금을 지인인 공소외 1의 사업에 투자하였고 피해자는 2007. 2.경에야 자신의 투자금이 ○○생명보험주식회사에 입금되지 아니하였음을 알게 되어 피고인에게 항의한 사실을 인정할 수 있다.

(라) 사실관계가 위와 같다면, 피고인은 피해자에게 그 진정한 투자처를 속이고 피해자로부터 원심판시와 같이 금원을 편취하였다고 볼 수 있으므로, 원심의 앞서의 채증법칙위배는 판결의 결과에 영향을 미치지 아니하여 이를 이유로 원심판결을 파기하지는 아니한다.

따라서, 피고인의 이 부분 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률위반의 점에 대하여

(가) 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단하여야 할 것이고, 이와 같은 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째 행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익균형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다(대법원 2006. 6. 27. 선고 2006도1187 판결 등 참조).

(나) 이 사건 기록에 의하면, 이 사건 문자메시지를 보낼 무렵 피고인과 피해자 사이에는 피해자의 위 투자금의 반환문제로 서로 상대방을 비방하는 내용의 문자메시지가 오가는 등 다툼이 있었던 사정은 인정된다.

그러나, '피해자를 칼로 썰서 죽이겠다'는 취지의 이 사건 문자메시지의 내용 등에 비추어 볼 때, 피고인의 이 부분 범행이 위와 같은 의미의 사회상규에 위배되지 아니하는 정당행위로 볼 수는 없다.

나. 양형부당 주장에 대한 판단

피고인이 원심에서 피해금액의 원금을 공탁하고 당심에 이르러 추가로 이자 상당액을 공탁한 점 등의 범행의 경위, 범행 후의 정황, 피고인의 연령, 성행, 직업, 가족관계 등 양형의 조건이 되는 여러 사정을 참작할 때, 원심의 형은 다소 무거워서 부당하다.

3. 결론

그렇다면, 피고인의 항소는 이유 있으므로 원심판결을 파기하고 다시 다음과 같이 판결한다.