

폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)·폭력행위등처벌에  
관한법률위반(집단·흥기등상해)·폭력행위등처벌에관한법률위반(집  
단·흥기등폭행·다만피고인2에대하여인정된죄명폭력행위등처벌에관한  
법률위반(공동폭행))·폭력행위등처벌에관한법률위반(공동폭행)·  
폭력행위등처벌에관한법률위반(공동협박)·폭력행위등처벌에관한법률  
위반(공동공갈)·업무방해·상해·사기·사행행위등규제및처벌특례법  
위반방조·사행행위등규제및처벌특례법위반·횡령·게임산업진흥에관한  
법률위반·전자금융거래법위반·권리행사방해·폭행

[서울고등법원 2015. 4. 24. 2014노3497]

【전문】

【피 고 인】

【항 소 인】 피고인들 및 검사

【검 사】 신현만 (기소, 공판)

【변 호 인】 법무법인 명문 외 5인

【원심판결】 인천지방법원 부천지원 2014. 11. 7. 선고 2014고합83, 2014고합90(병합), 2014고합109(병합), 2014고합119(병합), 2014고합121(병합), 2014고합132(병합), 2014고합133(병합), 2014고합162(병합), 2014고합185(병합), 2014고합195(병합), 2014고합213(병합) 판결

【주문】

- 】
1. 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기한다.
  2. 피고인 10을 징역 1년 8월에 처한다.
  3. 피고인 1에 대한 이 사건 공소사실 중 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동), 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)의 점은 각 무죄.
  4. 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위등처벌에관한법률위반(공동공갈)의 점은 각 무죄.
  5. 피고인 5에 대한 이 사건 공소사실 중 2007. 1.경 폭력행위등처벌에관한법률위반(단체등의구성·활동)의 점은 면소.
  6. 이 판결 중 피고인 1, 피고인 10에 대한 각 무죄부분의 요지 및 피고인 5에 대한 면소부분의 요지를 각 공시한다.
  7. 검사의 항소, 원심판결 중 판시 I의 제3죄 및 판시 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 판시 I의 제5, 6죄 및 판시 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소를 모두 기각한다.

【이유】

】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I 의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I 의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I 의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I 의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 Ⅰ의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 Ⅱ의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 Ⅰ의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 Ⅰ의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 Ⅱ의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●으로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

#### 차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

#### 2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

#### 3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

#### 가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수십 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던 중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

## 2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

### 가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스

등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

- (1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이

유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '○○○'에 하청을 주었고, '○○○'의 대표 공소외 25는 '△△△△'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6



등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뿔개의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

#### (다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
  - ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.
- 그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 직원들의 그 당시 촬영한 사진이

아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 일어나서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위등처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위등처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 Ⅱ의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다고 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

아) 피고인 8

(1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).

(2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 자) 피고인 10

##### (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대포통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대포통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에 가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마저 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그

명의를 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도 17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적.전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적인 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

#### 차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

- 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의

### 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위등처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.



그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

### 나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I 의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I 의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II 의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I 의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I 의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I 의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I 의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 II의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●●로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수습 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던

중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### 다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

#### 2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

##### 가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금

하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스 등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

- (1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위

지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '○○○'에 하청을 주었고, '○○○'의 대표 공소외 25는 '△△△△'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유 탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6 등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뒤통의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

#### (다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
- ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수



있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.

그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 조직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 조직원들의 그 당시 촬영한 사진이 아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 물어 나서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위등처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 ㉠의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다며 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

아) 피고인 8

- (1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의와 정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).
- (2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

자) 피고인 10

- (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위등처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대표통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

## (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

## (3) 당심의 판단

### (가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대표통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에 가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마저 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

### (나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

- ① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표"

순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그 명의의 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

#### 차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

## 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

## 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위

처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하



기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 Ⅱ의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●으로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인

11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수습 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던 중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스 등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

(1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기

능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위 지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '◎◎'에 하청을 주었고, '◎◎'의 대표 공소외 25는 '◁◁◁◁'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유 탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유 탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6 등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뒤통의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 조직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
- ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.
- 그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 조직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 조직원들의 그 당시 촬영한 사진이 아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 물어 나서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.
- ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.
- ④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.
- 피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.



(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 Ⅱ의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다며 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 아) 피고인 8

- (1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).
- (2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흉기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 자) 피고인 10

- (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대포통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

## (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

## (3) 당심의 판단

### (가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대표통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에

가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마져 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

- ① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그 명의의 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도 17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

- 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다

고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2회 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2회 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3회 및 II의 제19회 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6회 및 II의 제4회에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

#### 【이유】

##### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3회)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4



피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 Ⅱ의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●으로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10.

선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수십 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던 중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다. 그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다. 검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스 등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

- (1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

#### 나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

##### 1) 사실오인의 주장

##### 가) 피고인 1

- (1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

##### (가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를

몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '○○○'에 하청을 주었고, '○○○'의 대표 공소외 25는 '△△△△'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유 탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유 탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6 등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뿔개의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 조직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.

② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다). 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.

그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 조직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 조직원들의 그 당시 촬영한 사진이 아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 물어봐서 천천히 보세요'라는 질문에 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한

물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

- ④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 Ⅱ의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4



피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

#### 마) 피고인 5

##### (1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

###### (가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다고 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

###### (나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

##### (2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

아) 피고인 8

(1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).

(2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 조직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 조직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 조직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 자) 피고인 10

##### (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 조직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대포통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 조직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

##### (3) 당심의 판단

###### (가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대포통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에 가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마저 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

- ① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그 명의의 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었

다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

#### 차) 피고인 11

(1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 Ⅰ의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

(2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

3) 원심판시 Ⅰ의 제3죄 및 Ⅱ의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 Ⅰ의 제5, 6죄 및 Ⅱ의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 Ⅰ의 제3죄 및 Ⅱ의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 Ⅰ의 제5, 6죄 및 Ⅱ의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 Ⅰ의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하

여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

### 【이유】

## 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

### 나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10



피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 Ⅱ의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●으로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

#### 차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

#### 2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 Ⅰ의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

#### 3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

### 2. 판단

#### 가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수십 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던 중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

## 2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

### 가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스

등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

- (1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이

유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '○○○'에 하청을 주었고, '○○○'의 대표 공소외 25는 '△△△△'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6

등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뿔개의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

#### (다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
  - ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.
- 그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 직원들의 그 당시 촬영한 사진이

아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 일어나서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 Ⅱ의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다고 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.



(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

아) 피고인 8

(1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).

(2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 자) 피고인 10

##### (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대포통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

##### (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

(3) 당심의 판단

(가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대포통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에 가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마저 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그

명의를 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도 17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적.전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적인 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

#### 차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

#### 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

- 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의

### 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위등처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

### 나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ∇∇센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 II의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●●로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)



가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수습 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던

중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### 다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

#### 2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

##### 가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금

하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스 등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

- (1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위

지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '○○○'에 하청을 주었고, '○○○'의 대표 공소외 25는 '△△△△'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유 탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6 등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뒤통의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

#### (다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
- ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수

있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.

그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 조직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 조직원들의 그 당시 촬영한 사진이 아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 물어봐서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.

③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위등처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 ㉠의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다며 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.



따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

아) 피고인 8

- (1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의와 정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).
- (2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

자) 피고인 10

- (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위등처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대표통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.

그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

## (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

## (3) 당심의 판단

### (가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대표통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증명이 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에 가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마저 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

### (나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

- ① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표"

순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그 명의의 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

#### 차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 1의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

## 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

## 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위등처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위

처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2죄 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).

## 【이유】

### 】1. 항소이유의 요지

가. 검사(피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 11, 피고인 12에 대하여)

원심판결이 아래와 같은 이유로 유죄가 선고되어야 할 각 공소사실에 대하여 주문 또는 이유에서 무죄를 선고한 것에는 법리오해나 사실오인의 잘못이 있고, 이와 같은 잘못은 양형에도 영향을 미쳐 위 피고인들에 대하여 부당하게 가벼운 형이 선고되었다.

1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌에관한법률 위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제3죄)

검사 제출의 각 증거에 의하면, 피해자 공소외 1(가명, 이하 같다)이 경찰 수사에 협조하였다는 이유로 위 피고인들이 피해자를 폭행한 사실이 인정되므로, 이러한 행위는 범죄단체인 ○○파의 존속·유지를 위한 행위에 해당한다.

2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)

피고인 2가 공소외 2와 공동으로 피해자 공소외 1을 폭행한 것 역시 위와 같은 이유에서 이루어졌고, 이는 ○○파라는 범죄단체의 위력으로써 행하여진 것이며 또한 ○○파의 존속·유지를 위하여 범죄단체의 구성원으로 활동한 것이다. 그럼에도 원심이 피고인 2에 대한 이 부분 범행에 관하여 폭력행위처벌법위반(공동폭행)죄만을 인정하였다.

3) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

위 피고인들이 통장 등을 조직적으로 수거하여 이를 다른 범죄단체 조직에 넘기거나 이를 통하여 보이스피싱 조직에 넘긴 행위는 이들이 순차로 사기를 공모하였거나 적어도 사기 범행에 사용될 것을 알고 그 범행을 용이하게 하

기 위하여 이를 방조한 것으로 보아야 한다.

나. 피고인들

1) 사실오인 내지 법리오해

가) 피고인 1

(1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)

피고인 1은 2008. 1. 말경 친구인 공소외 3을 따라 무슨 영문인지도 모른 채 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나, 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적도 없고, 위 범행에 관여한 사실도 전혀 없다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)

피고인 1이 2013. 5. 31. 공소외 1에 대해 폭력을 행사한 사실은 있다.

그러나 위 폭행에 가담한 인원은 피고인 1을 비롯해 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2, 총 5명이 전부로 그 중에서도 피고인 4, 피고인 11은 폭행에 가담한 것인지 여부조차 다소 불명한 상태이다.

그렇다면 위 행위는 단체 또는 다중의 위력으로써 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없고, 단순히 공동으로 상해를 가한 것에 불과하다.

나) 피고인 2

피고인 2는 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분(원심판시 I의 제4죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 공소외 2 사이의 싸움을 말렸을 뿐이지, 피해자에 대한 폭행에 가담한 사실은 없다.

다) 피고인 3

피고인 3은 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈) 및 업무방해 부분(원심판시 II의 제2, 3죄)에 대하여, 피해자들에게 일부 욕설을 한 사실은 있으나 그마저도 겁을 줄 의사가 아니었고, 달리 조직폭력배라고 위력을 과시하거나 직접적으로 신체적인 폭력을 행사한 사실이 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피해자 공소외 1과 다른 피고인들과의 싸움을 말리기 위하여 피해자를 잡고 있었을 뿐이고, 선배인 피해자를 폭행한 사실이 없다.

마) 피고인 5

피고인 5는 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 당시 소집장소인 '□□□' 횃집에 간 사실이 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2죄)에 대하여, 위 범행 일시에 폭행에 가담한 적이 없고, 폭행하는 것을 본 적도 없으며, 다만 현장에 있던 HID 경비용역 직원들이 소화기를 운반하기에 넘겨준 사실만 있을 뿐이다.

사) 피고인 7

피고인 7은 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제6죄)에 대하여, 위 일시경 '□□호텔로 오라'는 연락만 받고 영문도 모른채 소집장소인 '□□□' 횃집에 갔다가 30분도 채 안되어서 그냥 돌아왔을 뿐이므로, 이를 범죄단체 구성원으로서의 활동으로 평가할 수는 없다.

아) 피고인 8

피고인 8은 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제5죄)에 대하여, 위 일시경 부천 일대에서 문신단속을 하라는 지시를 받았으나, 피해자 박○○, 유○○, 정△△에게 상해를 가할 것을 공모하지도 아니하였고, 피해자들에 대한 폭행에 가담한 사실이 없으며, 다른 조직원들이 피해자들에게 상해를 가할 것을 예측할 수도 없었다.

자) 피고인 10

피고인 10은 2013. 5. 초순경 ○○파에 조직원으로 가입하였다.

따라서 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분(원심판시 Ⅱ의 제1. 가의 죄)의 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분은 위와 같이 피고인 10이 범죄단체에 가입하기 이전의 일로서 피고인 10으로는 이를 전혀 알지 못한다.

또한 같은 별지의 제10 기재 부분의 범죄사실에 피고인 10이 관여한 것은 사실이나, 피고인 10은 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 '같은 별지의 제10 기재의 일시, 장소에서 피해자 이●●으로부터 새마을금고 통장과 현금카드를 양수받았다'는 전자금융법위반죄 등으로 징역 8월에 집행유예 3년을 선고받았고, 2013. 5. 4. 그 판결이 확정되었다.

결국 이 부분 범죄사실은 형사소송법 제326조 제1호의 "확정판결이 있는 때"에 해당하여 면소판결이 내려져야 한다.

차) 피고인 11

피고인 11은 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄)에 대하여, 피고인 11이 위 범행 당시 실제 폭행에 가담한 것이 아니라 말리면서 잡는 형태이고, 당시 피고인 11을 포함하여 5명이 함께 있었던 것만으로 단체 또는 다중의 위력으로 상해를 가한 것으로 평가할 수는 없으며, 피고인 11의 당시 행위 내용 등에 비추어 보면, 방조범으로 처벌될 수 있을 뿐이다.

2) 심신장애(피고인 2)

피고인 2는 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제3죄 관련)의 범행 당시 술에 취하여 심신미약의 상태에 있었다.

3) 양형부당(피고인 4를 제외한 나머지 피고인들)

원심이 위 피고인들에 대하여 선고한 형은 너무 무거워서 부당하다.

2. 판단

가. 검사의 항소이유 주장에 관하여

1) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 및 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

가) 폭력행위처벌법 제4조의 규정 내용과 형식, 입법 취지, 처벌의 종류 및 정도 등을 고려할 때, 폭력행위처벌법 제4조 제1항에서의 '활동'은 범죄단체 등의 내부 규율 및 통솔체계에 따른 조직적, 집단적 의사 결정에 의하여 행하는 범죄단체 등의 존속·유지를 지향하는 적극적인 행위로서 그 기여의 정도가 폭력행위처벌법 제4조 제3항, 제4항에 규정된 행위에 준하는 것을 의미한다고 보아야 한다.

나아가 특정한 행위가 범죄단체 등의 구성원으로서의 '활동'에 해당하는지 여부는 당해 행위가 행해진 일시, 장소 및 그 내용, 그 행위가 이루어지게 된 동기 및 경위, 목적, 의사 결정자와 실행 행위자 사이의 관계 및 그 의사의 전달 과정 등의 구체적인 사정을 종합하여 실질적으로 판단하여야 한다.

따라서 다수의 구성원이 관여되었다고 하더라도 범죄단체 등의 존속·유지를 목적으로 하는 조직적, 집단적 의사결정에 의한 것이 아니거나, 범죄단체 등의 수괴나 간부 등 상위 구성원으로부터 모임에 참가하라는 등의 지시나 명령을 소극적으로 받고 이에 단순히 응하는 데 그친 경우, 구성원 사이의 사적이고 의례적인 회식이나 경조사 모임 등을 개최하거나 참석하는 경우 등은 '활동'에 해당한다고 볼 수 없다(가) 대법원 2009. 9. 10. 선고 2008도10177 판결(가) 등 참조).

한편 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'은 단체 아닌 다수인의 모임을 말하는 것으로서 어떤 집단이나 조직의 힘을 배경으로 하는 경우 불과 수명만이 모인 경우라도 구체적 상황에서 사람의 의사를 제압하기에 족한 때에는 성립하는 것이다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001도1910 판결 등 참조). 그러나 이는 결국 집단적 위력을 보일 정도의 다수 혹은 그에 의해 압력을 느끼게 해 불안을 줄 정도의 다수를 의미하고, 다중의 '위력'이라 함은 다중의 형태로 집결한 다수 인원으로서 사람의 의사를 제압하기에 족한 세력을 지칭하는 것으로서, 그 인원수가 다수에 해당하는가는 행위 당시의 여러 사정을 참작하여 결정하여야 할 것이며, 이 경우 상대방의 의사가 현실적으로 제압될 것을 요하지는 않는다고 할 것이지만, 상대방의 의사를 제압할 만한 세력을 인식시킬 정도는 되어야 하는 것이다(대법원 2006. 2. 10. 선고 2005도174 판결 등 참조).

나) 이 부분 공소사실의 요지

(1) 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11의 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

○○파 조직원 공소외 2는 2013. 5. 31. 21:00경 부천시 원미구 (주소 생략)에 있는 ☆☆노래방에서 ○○파의 행동대원인 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 함께 술을 마시던 중, 경찰수사에 협조하고 있는 것으로 의심하던 피해자 공소외 1과 전화통화를 하며 지속적으로 피해자의 경찰 협조 문제로 다투다가 피해자를 위 노래방 앞으로 오게 하였는데, 그 자리에서 피해자가 공소외 2를 비롯한 위 피고인들에게 '성진이 형님이 제가 하지도 않은 것을 했다고 하여 억울하다'고 계속 항의하자, 피해자가 경찰 수사에 협조하였음에도 이를 인정하지 않고 조직 선배인 공소외 2에게 불손하게 군다는 이유로, 피고인 1은 주먹으로 피해자의 얼굴을 때리고, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인



11은 바닥에 쓰러진 피해자를 발로 밟으며, 피고인 4, 피고인 11이 피해자를 양쪽에서 잡은 상태에서 공소외 2, 피고인 1, 피고인 2는 주먹과 발로 피해자를 수습 회 때려 피해자에게 약 4주간의 치료가 필요한 비골 골절 등의 상해를 가함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

(2) 피고인 2의 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등폭행)

피고인 2와 공소외 2는 ○○파 행동대원인 사람으로, 2013. 7. 15. 18:00경 부천시 원미구 춘의동에 있는 ◇◇운동장 앞에서 공소외 2가 피해자 공소외 1에게 전화하여 '너 이새끼 어디야'라고 하면서 위 운동장으로 불러내어 대화하던 중, 피해자가 '저는 생활도 안 하고, 저를 안 보시려고 린치를 한 것이 아닙니까'라고 말하면서 지난 2013. 5. 31.경에 ☆☆노래방 앞에서 폭행당한 것은 억울하다고 항의하자, 공소외 2는 피해자의 목살을 잡아 흔들고, 계속하여 피고인 2와 공소외 2는 같은 이유로 주먹으로 피해자의 얼굴을 수회 때려 폭행함으로써 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

다) 판단

원심은, ① 우선 그 설시와 같이 피해자 공소외 1에 대한 상해 행위를 둘러싼 여러 사정들을 종합하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11이 2013. 5. 31. ☆☆노래방에서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하게 된 것은 피해자의 수사협조 문제와 관련하여 ○○파 조직원들 사이에 이에 대한 논의의 결과 이루어진 것이 아니라 피해자가 공소외 2와 전화를 하던 도중 서로 감정이 격앙되어 위 노래방에 와서도 조직 내 선배인 공소외 2에게 대들자 우발적으로 공소외 2와 위 피고인들이 합세하여 이루어진 것이라고 보고, 위 피고인들이 범죄단체 구성원의 활동으로서 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행하여 상해를 가한 위 범행을 범하였다는 공소사실에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어려우므로 무죄라고 판단하였다.

② 또한 피고인 2가 2013. 7. 15. 공소외 2와 공동으로 피해자를 폭행한 것은 ☆☆노래방의 폭행 이후 공소외 2가 피해자와 개인적으로 통화를 하는 과정에서 감정이 격화되어 일대일로 붙자며 만나게 된 것으로, 당시 현장에는 공소외 2 외에 피고인 2 만이 함께 있었는데, 그와 같이 피고인 2와 피해자가 만난 경위, 당시 현장에 있었던 인원, 폭행의 경위와 결과 등을 종합하면, 위와 같은 공소외 2, 피고인 2의 폭행이 ☆☆노래방에서의 폭행과 같이 단체나 다중의 위력으로 이루어진 것으로 보기는 어렵고, 피고인 2가 범죄단체 구성원의 활동으로서 위 범행을 하였다는 공소사실에 관하여도 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기 어렵다고 보아, 무죄라고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11에 대한 이 부분 각 공소사실을 모두 이유무죄로 판단한 것은 정당하고, 거기에 사실을 오인하였거나 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 없다.

그리고 이와 반대로 사실오인 및 법리오해의 위법이 있음을 전제로 한 검사의 양형부당 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

2) 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12의 사기

가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 ○○파 조직원 공소외 4, 공소외 5 및 피싱금융사기 조직의 중국 총책 공소외 6, 통장 모집책 및 인출팀을 구성하고 관리하는 한국 관리책 공소외 7, 인출책인 공소외 8, 공소외 9, 통장 수거 및 전달책인 공소외 10, 공소외 11 등과 순차로 공모하여,

중국 현지에서 국내 불특정 피해자들이 사용하는 PC에 악성코드를 유포하고 피해자들이 평소 이용하는 거래은행에 접속할 경우, 가짜 은행 홈페이지에 자동 접속되도록 조치한 후, 개인정보강화 등의 안내창을 만들어 피해자들로 하여금 성명, 주민번호, 계좌번호, 비밀번호, 인터넷뱅킹 비밀번호, 보안카드번호 등 금융거래에 필요한 정보를 입력하게 하고, 그렇게 취득한 금융거래정보를 이용하여 공인인증서를 재발급 받아 피해자들의 계좌에 있는 예금을 미리 준비한 대포통장 계좌로 이체하여 출금하는 파밍수법의 사기범행 또는 조건만남 등을 빙자하여 대가를 선입금하게 한 다음, 조건만남 여성을 보호하기 위한 장치로 보증금이 필요하다는 등 이유로 계속해서 돈을 입금하게 하여 편취하는 사기범행 등의 방법으로 피해자들의 금원을 편취하기로 하였다.

그리하여 위와 같은 범행 내용에 따라 피싱금융사기 조직은 각각의 역할을 중국총책(중국과 한국의 조직관리, 파밍 사기에 이용하는 악성코드 유포 및 콜센터 운영, 송금 및 인출, 통장모집과 전달지시), 한국총책(중국총책 지시로 한국내 조직원 관리, 송금, 인출, 통장 모집 및 전달지시), 통장모집책(범행에 사용할 통장을 모집, 직접 또는 퀵서비스 등으로 전달), 통장수거 및 전달책(각 지역 통장모집책이 모집한 통장을 인출책에게 전달), 인출책(중국 및 한국총책 지시를 받고 통장에 입금된 피해금을 직접 인출) 등으로 분담하며, 검거에 대비하여 철저히 점조직 형태로 운영하고 있다.

위 피고인들 및 공소외 4, 공소외 5는 자신들 명의의 통장, 친구나 지인들로부터 용도를 속여 교부받은 통장 또는 아래 2의 나. 1) 자) (1)항 기재와 같이 갈취한 통장 등을 위 피싱금융사기조직의 부천지역 통장 모집책인 공소외 11 등에게 전달하여, 순차로 인출책인 공소외 8 등에게 전달한 다음,

중국총책이 경찰서 수사과장, 서울지검 검사 등을 사칭한 다음, 피해자들로 하여금 미리 만들어 둔 가짜 홈페이지(가령, (홈페이지 주소 생략))에 접속하게 하여, 피해자들의 인적사항과 계좌번호, 비밀번호 등 개인정보를 알아낸 다음 피해자들의 예금을 위와 같이 미리 준비한 소위 대포통장으로 이체하거나 조건만남을 빙자하여 대가금을 입금하게 하는 방법 등으로 원심 판결문의 별지 "범죄일람표2" 기재와 같이 2012. 11.경부터 2013. 8. 29.경까지 피해자 공소외 12 등 총 14명의 피해자들로부터 합계 40,320,000원 상당을 이체하거나 송금받아 편취하였다.

이로써 피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 공소외 6 등과 순차로 공모하여, 피해자들의 재물을 편취하였다.

#### 나) 판단

(1) 형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립한다.

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 아니한 사람이라도 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있지만, 그러한 죄책을 지기 위하여는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기

능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되어야 한다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2013도6570 판결 등 참조).

- (2) 원심은 그 채택의 증거들을 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들 즉, ① 위 피고인들 대부분은 피해자들로부터 갈취한 통장의 사용 용도에 대해 구체적으로 알지 못하고 있었고, 일부 피고인들도 갈취한 통장이 스포츠토토, 바카라 사이트, 안마방 등에 사용될 것으로 예상하고 위 통장들을 넘겨주었다고 진술하고 있으며, 실제 위와 같이 갈취된 통장 중 일부는 보이스피싱이 아닌 스포츠토토 등 다른 용도로 사용된 점, ② 위 피고인들 모두 갈취한 통장을 넘기는 대가로 1건당 50만 원 정도의 돈을 받은 이외에 별도로 추가적인 이익을 취한 바가 없을 뿐만 아니라 공소장 기재와 같은 보이스피싱 조직의 존재에 관하여 인지하였다고 보기도 어려운 점 등을 고려하면, 검사가 제출한 증거들만으로는 피고인들이 통장 갈취의 범행을 넘어서서 보이스피싱 범행에 있어서도 본질적 기여를 통한 기능적 행위 지배를 하였다는 점에 관하여 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도의 증거가 이루어졌다고 보기는 어렵다고 판단하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 기록에 비추어 면밀히 검토해 보면, 원심이 그 판시와 같은 사실인정을 토대로 앞서 살펴본 법리에 따라 이 부분 공소사실을 무죄라고 판단한 것은 정당하고, 거기에 항소이유에서 주장하는 바와 같은 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없으며, 나아가 그러한 위법을 전제로 한 양형부당의 주장 역시 이유 없다.

검사의 이 부분 항소이유의 주장도 이유 없다.

나. 피고인들의 항소이유 주장에 관하여

1) 사실오인의 주장

가) 피고인 1

- (1) 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 1, 피고인 6은 범죄단체인 ○○파의 행동대원인 자들로서, ○○파의 수괴인 공소외 13, ○○파의 행동대원인 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 사채업자인 공소외 23 등과 인천 중구 (주소 2 생략)에 있는 ▽▽센터 2층에 있는 사우나를 점거하고 있는 유치권자를 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 순차로 공모하였다.

위 ▽▽센터는 공소외 24가 2005. 3. 23.경 경락받아, 위 건물 2층에 사우나를 운영할 목적으로 인테리어 업체인 '◎◎'에 하청을 주었고, '◎◎'의 대표 공소외 25는 '◁◁◁'를 운영하는 피해자 김○○ 등 20여개의 인테리어 업체와 계약한 뒤 2006. 겨울경부터 2007. 12.경까지 위 사우나의 인테리어 공사를 진행하였다.

2007. 12. 17.경 자금압박에 시달리던 위 공소외 24는 '공소외 26 회사(회장 공소외 27)'에 위 건물 2층을 매각하였고, 영세 하청업자들은 공사비 합계 19억원 상당을 받지 못하게 될 처지에 놓이자 채권단을 구성하여 공사현장을 점유하면서 유치권을 행사하였다.

위 공소외 23은 위 ○○파를 이용하여 위 유치권자들을 몰아내고, 위 사우나의 운영권을 받기로 계획하여, 2008. 1. 27. 12:00경 위 공소외 27 등이 고용한 성명불상자들이 2층을 점유하고 있던 유치권자인 공소외 28, 공소외 29를 강제로 들어 내 점유를 빼앗은 후, 2층 사우나 공사현장 출입문을 안쪽에서 막자 피해자 김○○ 등 유치권자들은 용역업체 직원들을 고용하여 점유를 회복하려 하였고, 이에 공소외 13은 피고인 1, 공소외 3에게 조직원 동원을 지시하고, 피고인 1, 공소외 3은 공소외 15에게, 공소외 15는 공소외 16, 공소외 17, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 36, 공소외 14, 공소외 18, 공소외 21, 피고인 6, 공소외 22에게 순차로 연락하여 피해자 김○○ 측의 용역업체 직원들의 점유 탈환에 대비하여 위 사건 현장 인근에 대기하였다.

이후 현장에는 피고인 6을 비롯하여 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22가 2주동안 숙식하면서 점유 탈환을 저지하기 위하여 대기하였다.

그러던 중, 2008. 2. 21. 10:00경 위 사우나 공사현장 2층 계단에서 피해자 김○○ 및 그가 고용한 용역업체 직원인 피해자 장○○(남, 26세) 등이 그라인더 등을 이용하여 피고인 6 등이 점유하는 2층 출입문을 열려고 시도하자 피고인 6 등은 공소외 27이 고용한 HID 경비용역 직원들과 함께 미리 준비한 소화기를 뿌려 위 피해자 장○○ 등이 들어오지 못하게 막고, 재차 피해자 장○○ 등이 진입을 시도하자 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22는 출입문을 열고 나와 위험한 물건인 쇠파이프를 휘두르고, 주먹과 발로 피해자 장○○ 등을 폭행하여 피해자 장○○에게 약 3주간의 치료가 필요한 머리뒤통의 열상 등을 가하고,

같은 날 18:00경 위 ▽▽센터 옥상에서 피해자 김○○(남, 51세), 피해자 엄○○(남, 61세), 피해자 최○○(남, 35세), 피해자 임○○(남, 34세)이 쉬고 있는 틈을 이용하여 피고인 1은 하부 조직원들을 지휘하고, 피고인 6, 공소외 20, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 21, 공소외 22 및 위 HID 경비용역 직원 10여명은 피해자 임○○을 발로 밟고, 피해자 김○○를 주먹과 발로 때리고, 피해자 엄○○를 밀쳐 넘어뜨리고, 피해자 최○○을 넘어뜨리고 발로 밟아, 피해자 임○○에게는 약 28일간의 치료가 필요한 안면골 골절 등의 상해를, 피해자 김○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 엄○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 경추염좌 등의 상해를, 피해자 최○○에게는 약 14일간의 치료가 필요한 두부 타박상 등을 각각 가하였다.

이로써 피고인 1은 피고인 6, 공소외 13, 공소외 3, 공소외 14, 공소외 15, 공소외 16, 공소외 17, 공소외 18, 공소외 19, 공소외 20, 공소외 21, 공소외 22, 공소외 23, 성명불상의 HID 경비용역 직원들과 공모하여, 단체의 위력으로써, 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다.

#### (나) 원심의 판단

원심은 그 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사실들을 종합하여, 피고인 1이 피고인 6 등과 공모하여 2008. 2. 21.경 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가함과 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동한 이 부분 공소사실 기재의 범행을 저지른 사실이 인정된다고 판단하였다.

(다) 당심의 판단

- ① 피고인 1은 이 법정에 이르기까지 2008. 1. 27. 친구인 공소외 3을 따라 잠시 위 ▽▽센터를 방문한 적은 있으나 그 당시 폭행에 가담한 사실은 없고, 이 사건 범행 일시인 2008. 2. 21.에는 위 현장에 간 적이 없다고 주장한다.
- ② 살피건대, 이 부분 공소사실과 같이 피고인 1이 2008. 2. 21. 범행에 관여하거나 이를 공모하였다는 점에 부합하는 듯한 증거로는 원심증인 공소외 30의 증언과 공소외 30에 대한 경찰 진술조서가 있다(그 외에 검사가 제출한 증거들 중 공소외 3에 대한 경찰 피의자신문조서 사본(증거목록 순번 53), 사법경찰관과 공소외 31 사이의 전화통화 내용이 담긴 내사보고(증거목록 순번 86번), 공소외 31 녹취파일(증거목록 순번 88번)이 있으나, 피고인 1이 증거로 할 수 있음에 동의하지 아니하거나, 공소외 31이 공판기일에서 위 각 증거의 진정성립을 인정한 적이 없으므로, 피고인 1에 대한 관계에서 이들을 각 증거로 사용할 수 없다. 공소외 30의 수사기관 및 원심법정에서의 각 진술 내용은, 피고인 1이 2008. 2. 21. ▽▽센터 범행 현장에 있으면서 일련의 폭력사태를 지휘하였다는 것이다.
- 그런데 ① 공소외 30은 당시 현장에서 3~4회 정도 피고인 1을 보았다고 진술하였고, 피고인 1을 위와 같이 지목하게 된 것은 이 사건 발생일로부터 약 6년이 경과한 2014. 1.경에 최초로 수사기관에서 조사를 받으면서 경찰이 제시한 ○○파 조직원들의 사진(당심증인 공소외 31의 증언에 의하면, 위 사진들은 위 조직원들의 그 당시 촬영한 사진이 아니라 다소 시일이 오래된 시점에 촬영하여 주민등록증 발급 등에 사용되었던 사진으로 보인다)에 의하여 그 특징이 이루어진 것인 점, ② 공소외 30이 원심법정에서 피고인 1이 재정한 상태에서 증인으로 진술할 당시 '보면 확인할 수 있다'고 하면서도 '이 법정에 피고인 1이 보이지 않는다'고 하고, 재차 '현재 이 법정에 피고인 1이 있는지 물어 나서 천천히 보세요'라는 질문에도 '없다'면서 '사진에 봤던 사람이 지금 이 법정에는 보이지 않는다'고 진술하였으며, 다만 피고인들 중 피고인 3만 낮이 익다는 취지의 진술을 하였는바, 공소외 30이 위 범행 당시 현장에서 보았다는 사람이 과연 그 주장과 같이 피고인 1인지 의심스러운 점 등을 종합하여 보면, 피고인 1이 범행 현장에 있었고 폭력사태를 지휘하였다는 취지로 이루어진 공소외 30의 수사기관 및 법정에서의 각 진술은 이를 그대로 믿기 어렵다.
- ③ 앞서 본 바와 같이 피고인 1이 그 진술대로 위 범행 무렵인 2008. 1. 27.경 ▽▽센터를 방문하였다 하더라도, 그 점만으로 피고인 1이 그로부터 한 달 여가 경과한 2008. 2. 21.경 위 ▽▽센터에 갔고 나아가 단체의 위력으로써 위험한 물건을 휴대하여 피해자들에게 상해를 가하였거나 또는 위 현장에 가지는 아니한 채 피고인 6 등과 위와 같은 범행을 공모함으로써 그와 동시에 범죄단체인 ○○파의 구성원으로 활동하였다고 인정할 수는 없고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.
- ④ 따라서 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실은 범죄의 증거가 없는 때에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 1에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.
- 피고인 1의 이 부분 항소이유의 주장은 이유 있다.

(2) 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)

앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제3조 제2항의 '다중'의 의미에 관한 법리에 비추어 보건대, 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 이 부분 공소사실에 기재된 사실관계에서 알 수 있는 그 범행에 가담한 범인의 수, 그 장소의 근접 정도, 유형력 행사의 태양 등 제반사정을 종합적으로 고려하면, 피고인 1, 피고인 2, 피고인 4, 피고인 11과 공소외 2가 이 부분 공소사실 기재와 같은 경위로 피해자 공소외 1을 폭행하여 상해를 가한 것은 ○○파라는 조직의 힘을 배경으로 하여 5명의 건장한 사람이 함께 1명의 피해자를 폭행한 것으로, 그 구체적 상황에서 피해자 공소외 1의 의사를 제압하기에 족한 세력에 해당하므로, 같은 취지에서 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심 판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 1의 이 부분 주장은 이유 없다.

나) 피고인 2

피고인 2는 원심에서도 2013. 7. 15.자 폭력행위처벌법위반(공동폭행) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 2에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 2의 이 부분 주장은 이유 없다.

다) 피고인 3

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들을 종합하면, 피고인 3이 원심판시 범죄사실 중 Ⅱ의 제2, 3항의 각 범죄사실 기재와 같이 각 폭력행위처벌법위반(공동폭행, 공동협박, 공동공갈), 업무방해의 각 범행을 범한 사실을 충분히 인정할 수 있다.

피고인 3의 이 부분 주장도 이유 없다.

라) 피고인 4

피고인 4는 원심에서도 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 4 또한 다른 피고인들과 공모하여 단체의 위력으로써 피해자에게 상해를 가하였다는 판시 범죄사실을 넉넉히 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 4의 주장을 배척하고, 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 4의 이 부분 주장 역시 이유 없다.

마) 피고인 5

(1) 2007. 1.경 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

(가) 이 부분 공소사실의 요지

피고인 5는 2007. 1.경 장소를 알 수 없는 곳에서 범죄단체인 ○○파 조직원인 공소외 35에게 ○○파 조직원으로 활동하겠다며 가입의사를 밝히고, ○○파가 범죄단체인 사실을 알면서도 위 단체에 조직원으로 가입하였다.

(나) 직권판단

폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)죄는 장기 10년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 범죄로서, 구 형사소송법 부칙(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정된 것) 제3조 및 위 범행 당시인 2007. 1.경 시행되던 구 형사소송법(2007. 12. 21. 법률 제8730호로 개정되기 전의 것) 제249조 제1항 제3호에 의하면 그 공소시효가 7년인데, 이 사건 공소는 위 범죄행위가 종료한 때로부터 7년 3개월여가 경과한 2014. 5. 14. 제기되었으므로, 위 공소사실에 대하여 이미 공소시효가 완성되었음이 명백하다.

그러므로 위 공소사실에 대하여는 형사소송법 제326조 제3호에 의하여 면소를 선고하여야 함에도 불구하고 이를 유죄로 인정한 원심판결에는 법리오해의 위법이 있다.

(2) 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동)

피고인 5는 원심에서도 항소이유와 동일하게 이 부분 범행에 대한 사실오인 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 다수의 공범들이 피고인 5를 그 현장에서 보았다고 진술한 점과 피고인 5의 이 사건 범행을 일부 시인하는 듯한 검찰 진술의 내용 등 그 판시와 같은 사정들을 종합하면, 피고인 5에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정할 수 있다고 보아 그 주장을 배척하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 5의 이 부분 항소이유 주장은 이유 없다.

바) 피고인 6

피고인 6은 원심 제1회 공판기일에 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범죄사실에 대하여 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 6이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제2항 기재와 같은 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 6의 사실오인 주장은 이유 없다.

사) 피고인 7

피고인 7은 원심에서도 2013. 10. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 앞서 살펴본 폭력행위처벌법 제4조 제1항의 '활동'에 관한 법리를 토대로 하여 그 채택 증거들로부터 인정되는 그 판시 사정들을 고려하면, 피고인 7 등이 '□□□' 횃집 또는 인근 □□호텔에 집결한 것은 소속 조직원이 상해를 입은 후 이를 계기로 발생할 지도 모르는 추가적인 집단 폭력사건 등을 위한 싸움에 대비하기 위한 것으로 보이므로, 이와 같은 행위는 범죄단체인 '○○파'의 유지·강화를 위한 구성원으로서의 활동에 해당한다고 봄이 상당하다고 보아, 그 주장을 배척하고, 피고인 7에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

따라서 피고인 7의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 아) 피고인 8

- (1) 무릇 2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에 있어서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 범죄에 공동가공하여 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공범자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 진다(대법원 1997. 9. 12. 선고 97도1706 판결 등 참조).
- (2) 피고인 8은 원심에서도 2013. 9. 15.자 폭력행위처벌법위반(집단·흥기등상해) 부분에 대하여 항소이유와 동일한 취지의 주장을 하였다.

원심은 '피고인들 및 변호인의 주장에 대한 판단' 중 해당 부분에서, 위 법리를 토대로 원심에서 채택하여 조사한 증거들에 의하여 인정되는 그 판시와 같은 사정들을 종합하여, 피고인 8이 직접 문신단속을 하거나 피해자들에게 상해를 가한 것은 아닐지라도, 후배 조직원들에게 문신단속을 지시하거나 인근에서 대기하였고 싸움 소식을 접한 이후에는 피해자들을 찾아다니는 등의 방법으로 이에 가담하였으며, 실제로 피해자들을 찾아낸 일부 조직원들과 피해자들 사이에 2차로 싸움이 일어나 피해자들이 상해를 입은 사정 등의 제반 정황을 고려하면 다른 조직원들이 피해자들을 찾아내 폭행하거나 그 과정에서 상해를 입힐 것까지 충분히 예상할 수 있었다고 보아, 피고인 8의 위 주장을 배척한 후, 피고인 8에 대한 이 부분 공소사실을 유죄로 인정하였다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 비추어 면밀히 살펴보면, 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 사실오인의 위법이 없다.

따라서 피고인 8의 이 부분 주장은 이유 없다.

#### 자) 피고인 10

- (1) 이 부분 공소사실의 요지{폭력행위처벌법위반(공동공갈)}

피고인 8, 피고인 9, 피고인 10, 피고인 12는 범죄단체 ○○파의 행동대원인 사람으로, 부천지역에서 ○○파 조직원으로 생활한다는 사실을 내세우며 친구나 후배들에게 겁을 주어 소위 대포통장으로 사용할 통장 등을 모집하기로 결의하고, ○○파 조직원인 공소외 37, 공소외 38로부터 통장 모집 지시를 받은 피고인 8, 피고인 9는 이와 같은 내용을 후배 기수인 피고인 10, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5에게 순차로 전달하여 통장을 모집하도록 하였다.



그리하여 피고인 8, 피고인 9의 지시를 받은 공소외 4, 공소외 5는 2012. 12.경 피해자 이○○에게 통장을 만들어 오라고 지시하였음에도 피해자가 이를 거부하자, 공소외 4, 공소외 5는 피해자의 집으로 직접 찾아가 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2012. 12. 28.경 이에 겁을 먹은 피해자와 함께 부천시 오정구 원종동 기업은행 지점을 방문하여 피해자로 하여금 공소외 4가 알려준 비밀번호를 설정하게 한 다음, 피해자 명의의 기업은행 통장(계좌번호 258-09\*\*\*\* -01-15)을 개설하게 하여 이를 건네 받은 것을 비롯하여 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 별지 "범죄일람표" 기재와 같이 10명의 피해자들로부터 통장 등을 갈취하였다.

이로써 피고인 10은 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여, 공소외 4, 공소외 5는 공동으로 피해자들을 공갈하여 이에 겁을 먹은 피해자들로부터 통장을 갈취하였다.

## (2) 원심의 판단

원심은 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하여, 피고인 10이 피고인 8, 피고인 9, 피고인 12, 공소외 4, 공소외 5와 공모하여 이 부분 공소사실 기재와 같이 2012. 10. 2.경부터 2013. 5. 16.경까지 사이에 10명의 피해자들로부터 통장을 갈취한 사실을 인정할 수 있다고 판단하여, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 모두를 유죄로 인정하였다.

## (3) 당심의 판단

### (가) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 9 기재 부분에 관하여

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 10은 2013. 5. 초순경에 이르러서 ○○파 조직원으로 가입한 사실을 인정할 수 있다.

이에 의하면, 피고인 10이 ○○파에 가입하기 이전에 이루어진 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분에 대하여서까지 당시에는 ○○파 조직원도 아닌 피고인 10이 다른 피고인들과 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정할 수 없다.

피고인 10에 대한 경찰 피의자신문조서에 의하면, 위 가입 이전인 2013. 1~2경 피고인 12로부터 ○○파 생활을 하자는 제안을 받았고, 2013. 4.경 피고인 10이 피고인 12에게 가입 의사를 밝힌 사실을 인정할 수 있으나, 위 인정사실만으로 피고인 10이 다른 피고인들과의 사이에 ○○파 조직원들에 의해 이루어지던 통장 갈취의 범행을 공모하였다고 인정하기에 부족하고(피고인 10은 위 피고인에 대한 제2회 검찰 피의자신문조서의 작성 당시 2013. 4.경 피고인 8로부터 통장을 모집하라는 지시를 받았다는 취지로 진술하였으나, 그 진술 당시 '○○파 조직생활을 하면서 선배들의 지시에 의하여 소위 대표통장을 모집하였다'는 취지의 진술을 하면서 이와 같이 진술하였고, 앞서 본 바와 같은 피고인 10의 ○○파 가입시점을 고려할 때, 2013. 4.경은 피고인 10이 ○○파에 가입한 직후의 시점을 말하면서 착오에 의하여 진술한 것으로 보인다), 달리 위와 같은 공모사실을 인정할 증거가 없다.

따라서 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 부분은 범죄의 증거가 없는 경우에 해당하여 무죄를 선고하여야 함에도 불구하고(같은 별지의 순번 제8 기재 부분은 피고인 10이 ○○파에

가입하여 직접 공갈하여 통장을 갈취한 같은 별지의 순번 제10 기재 부분의 범행 이후에 이루어진 것으로, 피고인 10에 대한 이 부분 공소사실은 유죄로 인정된다), 원심이 그 판시와 같은 이유로 피고인 10에 대한 이 사건 공소사실 중 같은 별지의 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈)의 점마져 유죄로 인정한 것은 사실을 오인함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범한 것이다.

피고인 10의 이 부분 항소이유는 위 인정범위 내에서 이유 있다.

(나) 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여

- ① 이 사건 기록에 의하면, 피고인 10이 2014. 2. 14. 인천지방법원 부천지원에서 전자금융거래법위반 등으로 징역 8월, 집행유예 3년의 형을 선고받고 그 판결이 2014. 5. 27. 확정된 사실, 그런데 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분은 '피고인 10과 성명불상자가 2013. 5. 초순경 피해자 이●●에게 통장을 만들어 주지 아니하면 위해를 가할 것처럼 행동하며 위협적인 말투로 통장을 만들어 달라고 겁을 주어 2013. 5. 12.경 피해자로 하여금 자신들이 원하는 비밀번호를 설정하고 피해자 명의의 새마을금고 통장을 개설하게 하여 위 통장 및 접근매체를 갈취하였다'(이 사건 공소장에는 이 부분 범죄일시 및 장소에 관하여 '2013. 6. 부천 남부역 근처 새마을금고'라고 기재되어 있다.

그러나 이는 피고인 10의 경찰 및 검찰 피의자신문조서 등 검사 제출의 각 증거에 의하면, '2013. 5. 12.경 부천시 원미구 (주소 생략) 소재 새마을금고'의 오기임이 명백하므로, 이와 같이 이 부분 공소사실을 정정한다)는 것인데 반하여, 위 판결이 확정된 범죄사실 중 위 공소사실과 관련된 부분은 '피고인 10이 위 기재 일시, 장소에서 피해자로부터 그 명의의 새마을금고 통장과 현금카드를 양수하였다'는 것 등인 사실을 인정할 수 있다.

- ② 공소사실이나 범죄사실의 동일성 여부는 사실의 동일성이 갖는 법률적 기능을 염두에 두고 피고인의 행위와 그 사회적인 사실관계를 기본으로 하면서 규범적 요소 또한 아울러 고려하여야 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도 17349 판결, 대법원 2014. 3. 13. 선고 2014도212 판결 등 참조).

이 사건에 관하여 보건대, 이 부분 공소사실인 폭력행위처벌법위반(공동공갈)죄(이하 편의상 '공갈죄'라고만 한다)와 판결이 확정된 전자금융거래법위반죄는 그 구성요건과 보호법익을 달리하고 있고, 공갈죄의 성립에 일반적·전형적으로 전자금융거래법위반행위를 수반하는 것은 아니며, 전자금융거래법위반행위가 공갈죄의 처분행위가 되었다 하여 그 전자금융거래법위반행위가 공갈죄에 흡수되어 별도의 범죄를 구성하지 않는다고 할 수는 없다.

따라서 원심이 이 부분 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제10 기재 부분에 관하여 유죄를 선고한 것은 옳고, 거기에 법리오해의 위법이 없다.

이와 달리 위 공소사실이 판결로 확정된 전자금융법위반죄와 기본적 사실관계가 동일하다는 이유로 피고인 10에게 면소를 선고하여야 한다는 피고인 10의 주장은 이유 없다.

차) 피고인 11

- (1) 피고인 11은 원심 제1회 공판기일에 2013. 5. 31.자 폭력행위처벌법위반(집단·흉기등상해)의 범죄사실과 관련하여 피해자 공소외 1에게 상해를 가하였다고 자백하였고, 그와 함께 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거들에 의하면, 피고인 11이 이 부분 공소사실인 원심판시 범죄사실 중 I의 제3항 기재와 같은 위 범행을 저지른 사실을 인정할 수 있다.

따라서 피고인 11의 사실오인 주장은 이유 없다.

- (2) 또한 피고인 11의 위 범죄사실과 관련한 '단체 또는 다중의 위력'의 법리오해 주장에 관하여 보건대, 위 2의 나. 1) 가 ) (2)항에서 살펴본 바와 같이 이 부분 공소사실을 유죄로 인정한 원심판결에는 사실오인 내지 법리오해의 위법이 없다.

피고인 11의 이 부분 주장도 이유 없다.

## 2) 심신미약 주장

기록에 의하면, 피고인 2가 2013. 5. 31.자 폭력행위등처벌법위반(집단·흥기등상해)의 범행 당시 술을 마신 사실은 인정된다.

그러나 위 범행의 동기와 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 전후의 정황 등에 비추어 보면, 피고인 2가 위 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 보이지 아니한다.

피고인 2의 위 심신미약 주장은 이유 없다.

- 3) 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대한 피고인 1의 양형부당 주장과 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 4죄에 대한 피고인 5의 양형부당 주장 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 양형부당 주장

원심은 그 판시와 같은 이유로 피고인 1, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 이 사건 ○○파 조직 내에서의 지위와 역할 및 활동 내용, 각 범죄의 내용 및 가담 정도, 피고인들 대부분이 다시는 범죄단체 구성원으로서 활동하지 않겠다고 다짐하고 있고, 일부 피해자들이 피고인들의 처벌을 불원하고 있는 점 등을 비롯한 피고인들에게 유리하거나 불리한 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 가정환경, 이 사건 각 범행에 이르게 된 경위, 범행 이후의 정황 등 제반 양형조건들을 종합하여, 피고인 1을 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 2, 피고인 3, 피고인 7을 각 징역 1년 6월에, 피고인 5를 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 6을 원심판시 I의 제1. 나 죄 및 제2죄에 대하여 징역 1년 6월, 원심판시 I의 제5, 6죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 8, 피고인 12를 각 징역 2년 6월에, 피고인 9를 원심판시 I의 제1. 사 죄 및 II의 1. 가 죄 중 원심 판결문의 별지 "범죄일람표1" 순번 제1 내지 7번 기재 각 죄에 대하여 징역 1년, 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제1. 가 죄 중 같은 별지의 순번 제8 내지 10번 기재 각 죄 및 나 죄에 대하여 징역 1년 6월에, 피고인 11을 징역 2년에 처하였다.

원심이 양형을 함에 있어서 고려한 위와 같은 정상들과 그 밖에 피고인들의 나이, 성행, 환경, 피해자들에 대한 관계, 범행의 동기와 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 변론에 나타난 여러 양형의 조건들을 종합하면, 당심에 이르러 피고인 4, 피고인 5, 피고인 6, 피고인 8, 피고인 9가 일부 피해자들과 추가로 합의하였고, 피고인 11이 일부 피해자들을 위하여 공탁한 사정 등을 포함하여 피고인들이 내세우는 여러 사정들을 감안하더라도 피고인들(다만 피고인 1에 대하여는 원심판시 I의 제3죄 및 II의 제19죄에 대하여, 피고인 5에 대하여는 원심판시 I의 제5, 6죄 및 II의 제4죄에 대하여)에 대하여 원심이 선고한 형량은 모두 적정하다고 보이고, 피고인들의 주장과 같이 너무 무거워서 부당하다

고 인정되지 않는다.

따라서 위 피고인들의 양형부당 주장은 모두 이유 없다.

### 3. 결론

그렇다면 피고인 1의 2008. 2. 21.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해) 부분(원심판시 I의 제2회 부분)에 대한 위 피고인의 항소와 이 사건 공소사실 중 별지 "범죄일람표" 순번 제1 내지 7, 제9 기재 폭력행위처벌법위반(공동공갈) 부분에 대한 피고인 10의 항소는 이유 있다.

그런데 피고인 10에 대하여는 이 부분 공소사실이 원심판결에서 유죄로 인정된 나머지 각 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동, 집단·흥기등상해, 집단·흥기등폭행, 공동폭행) 부분과 형법 제37조 전단의 경합범 관계에 있다.

또한 피고인 5의 2007. 1.자 폭력행위처벌법위반(단체등의구성·활동) 부분(원심판시 I의 제1. 가 죄 부분)은 앞서 본 바와 같은 직권파기 사유가 있다.

따라서 피고인 1, 피고인 5의 위 각 부분에 대한 양형부당 주장 및 피고인 10의 양형부당 주장에 대한 판단을 생략한 채 피고인 1, 피고인 10에 대하여는 형사소송법 제364조 제6항에 의하여, 피고인 5에 대하여는 형사소송법 제364조 제2항에 의하여, 원심판결 중 피고인 1에 대한 판시 I의 제2회 부분과 피고인 5에 대한 판시 I의 제1. 가 죄 부분 및 피고인 10에 대한 유죄부분을 각 파기하고 변론을 거쳐 다시 다음과 같이 판결한다.

그리고 검사의 항소, 원심판시 I의 제3회 및 II의 제19회 부분에 대한 피고인 1의 항소와 원심판시 I의 제5, 6회 및 II의 제4회에 대한 피고인 5의 항소 및 피고인 2, 피고인 3, 피고인 4, 피고인 6, 피고인 7, 피고인 8, 피고인 9, 피고인 11, 피고인 12의 각 항소는 이유 없으므로, 형사소송법 제364조 제4항에 의해 이를 모두 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다(다만, 형사소송규칙 제25조 제1항에 의하여, 직권으로 ① 원심판결문 제8면 제18행의 "2012. 11. 12." 앞부분에 "2011. 12. 13. 그 판결이 확정되었고"를 추가하고, ② 원심 판결문 별지 "범죄일람표1"을 별지 "범죄일람표(제37면)"로 수정하는 것으로 각 경정한다).